3 1761 06738537 7

Digitized by the Internet Archive
in 2010 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/diegesammtrechts00baro

185
I

Die

Gesammtrechtsverhältnisse

im Römischen Recht.

Von

Dr. J. Baron,
Privatdocent an der Friedrich-Wilhelms Universität zu Berlin.

Marburg und Leipzig.
N. G. Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung.
1864.

LIBRARY
OCT 3 1972

K

B2654G3
1864a

Nachdruck des Verlages
FERDINAND KEIP
Frankfurt/Main 1969

Vorrede.

Meine Abhandlung enthält den Versuch, die Gesammtrechtsverhältnisse im Römischen Recht nachzuweisen. Das Wort „Gesammtrechtsverhältniß" ist ein völlig neues; der Begriff ist es nur zum Theil: denn das Gesammteigenthum ist bereits von bedeutenden Germanisten anerkannt. Ich stellte mir die doppelte Aufgabe: zuerst den Gedanken, auf welchem das Gesammteigenthum ruht, zu verallgemeinern und zum Gesammtrechtsverhältniß zu gestalten; sodann aber diesen allgemeinen Begriff als einen Römischrechtlichen zu zeigen. Jenes ist (nach einer in §§. 1. 2. vorausgeschickten Behandlung ähnlicher Institute, der Corporation und der Sachgesammtheit) im §. 3. der Einleitung geschehen; dieses bildet den Inhalt des zweiten bis achten Abschnittes des Buches.

Von der Schwierigkeit meiner Arbeit glaube ich nicht, viel reden zu müssen; die Hinweisung auf den Umstand genügt, daß, so Vieles und so Ausgezeichnetes auch über einzelne Materien geschrieben ist, dennoch für meine Auffassung derselben mir keine Vorarbeiten zu Gebote standen. Ich erwähne dies, um die Nachsicht des Lesers zu erbitten; ich bedürfte derselben nicht so sehr, wenn ich die Correalobligation und die dos communis patri et filiae an die Spitze der Abhandlung gestellt hätte; das sind Gesammtrechtsverhältnisse von

solcher Schärfe und herausgebildeter Individualität, daß ich hoffen darf, es werde meine Betrachtung derselben sich viele Anhänger erwerben. Es erschien mir indeß angemessner, eben weil ich das Gesammtrechtsverhältniß für einen allgemeinen Begriff halte, es an den einzelnen Instituten in der üblichen Reihenfolge der Pandectenlehrbücher darzustellen.

Die Reichhaltigkeit des Stoffs erheischte, daß ich mehr, als ich wünschte, der Polemik einräumen mußte; man könnte daraus schließen, ich liebte es, nach Neuem zu haschen; ich darf aber versichern, daß ich nichts niedergeschrieben habe, dessen Richtigkeit ich nicht vorher genau an den Quellen geprüft, und daß ich überall meiner wissenschaftlichen Ueberzeugung gefolgt bin.

Wenn die Abhandlung sich Freunde erwirbt, so gedenke ich später eine Darstellung der Gesammtrechtsverhältnisse im Deutschen Recht folgen zu lassen, zu welcher ich bereits heut Manches gesammelt habe. Um so lebhafter ist mein Wunsch, das Urtheil einsichtsvoller Männer über meine Untersuchungen zu vernehmen.

Berlin im November 1863.

Der Verfasser.

Inhaltsübersicht.

Erster Abschnitt. Einleitung.

§. 1. Die universitas personarum.
§. 2. Die universitas rerum.
§. 3. Das Gesammtrechtsverhältniß.

Zweiter Abschnitt. Gesammtbesitz.

§. 4. Was lehren die Quellen über den Besitz Mehrerer ohne intellectuelle Theilung?
§. 5. Kennt das Römische Recht einen Gesammtbesitz?

Dritter Abschnitt. §. 6. Gesammteigenthum.

Vierter Abschnitt. Gesammtservitut.

§. 7. Die Untheilbarkeit der Servituten.
§. 8. Mehrere gleichartige Servituten an einem Grundstück.
§. 9. Die Servitut bei intellectueller und reeller Theilung des herrschenden Grundstücks.
§. 10. Die Servitut bei intellectueller und reeller Theilung des dienenden Grundstücks.
§. 11. L. 18. serv. pr. r. 8, 3. und l. 15. quemadm. serv. 8, 6.
§. 12. Die Gesammtrechtsverhältnisse bei Servituten.
§. 13. Der Ususfructus an Quoten.

Fünfter Abschnitt. §. 14. Gesammtpfandrecht.

Sechster Abschnitt. Die Correalobligation.

Erstes Capitel. Die gewöhnliche Correalobligation.

1. §. 15. Einleitung.
2. Die Solidarobligationen.
   a) §. 16. Solidarobligationen erster Art.
   b) §. 17. Solidarobligationen zweiter Art.
3. §. 18. Die Correalobligation. Gesammt- und Sonderobligationen.
4. §. 19. Verhältniß der Gesammtobligation und der Sonderobligationen. Sog. objectiver Bestand und subjective Beziehung.
5. §. 20. Sprachgebrauch der Quellen.

§. 21. Sprachgebrauch der Quellen. Fortsetzung. Ansichten früherer Schriftsteller.

6. §. 22. Entstehung der C. O. Einzelne Fälle. Form ihrer Eingehung. Die accessorischen Obligationen.

7. Materieller Inhalt der C. O.

a) §. 23. Im Anfang.

b) Während der Dauer.

α) §. 24. Mora, Culpa und Unterbrechung der Klagverjährung.

β) §. 25. Pacta, insbesondre pact. de non. pet., Compromiß, stip. rem. rat. dom. hab.

8. Untergang der C. O.

a) Durch Handlungen der Correi.

α) §. 26. Erfüllung. Solutio und Constitutum.

§. 27. Fortsetzung. Hingabe an Zahlungsstatt, Deposition, Compensation, Acceptilation.

β) §. 28. Die Verfügung über die Obligation. Novation (Acceptilation), contrarius consensus, Cession. Gelegentlich von der in integrum restitutio.

b) Durch Ereignisse.

α) §. 29. Untergang des Gegenstandes, Verwirkung, concursus duarum lucr. caus., Capitis deminutio.

β) §. 30. Confusion. Confusion im Allgemeinen.

§. 31. Fortsetzung. Confusion. Critik der gegnerischen Ansichten.

§. 32. Fortsetzung. Confusion. Anwendung auf die C. O.

9. Feststellung der C. O.

a) §. 33. Litiscontestation und Urtheil.

b) §. 34. Eid.

10. §. 35. Heutige Unterschiede zwischen Correal- und Solidarobligationen.

Zweites Capitel. §. 36. Neue Species der C. O.

Siebenter Abschnitt. Gesammtrechtsverhältnisse im Familienrecht.

1. §. 37. Dos communis patri et filiae.

2. §. 38. Die Conpotestas und der Conpatronat.

3. §. 39. Die Contutel und Concura.

Achter Abschnitt. Die Gesammtrechtsverhältnisse im Erbrecht.

Erstes Capitel. §. 40. Das Accrescenzrecht.

§. 41. Anhang. Andre Anwendungen der Regel: concursu fiunt partes.

Zweites Capitel. Die Pupillarsubstitution.

1. §. 42. Stellung des Substituten zur väterlichen Erbschaft bei Lebzeiten des Pupillen.

§. 43. Fortsetzung. Vier Streitfragen der Römischen Juristen.

2. §. 44. Stellung des Substituten zu den Erbschaften des Vaters und des Pupillen nach dem Tode des letztren.

Inhaltsverzeichniß.

Erster Abschnitt. Einleitung. S. 1—84.

§. 1. Die universitas personarum. S. 1—26.

Auseinandersetzung weshalb bisher die Gesammtrechtsverhältnisse von den Romanisten verworfen wurden (1—4); Uebergang zur Corporation (5); deren Auffassung durch Beseler, Bluntschli und Kuntze im Gegensatz zu andren Ansichten (5—11); die Corporation ist des Ususfructus (12—15), des Erbrechts (15—19), der meisten Familienrechte (19—21), des Hospitium und der Clientel (22) fähig; allgemeine Aussprüche der Quellen über die Corporation (24—26).

§. 2. Die universitas rerum (facti). S. 27—65.

Drei Theorien über un. rer. (27); Widerlegung der zweiten und dritten (28. 29); Beweis der Richtigkeit der erstren: die Bezeichnung als corpus (30), es giebt ein besondres Eigenthum an der un. r. und an ihren einzelnen Stücken (grex 33—39, aedificium 39—42, scyphus, navis u. s. w. 42—46), ebenso einen Ususfructus (46—51), Pfandrecht (51—54), Besitz (54—60). Innere Begründung dieser Theorie (62—65).

§. 3. Die Gesammtrechtsverhältnisse. S. 65—84.

Deren Auffassung durch die Germanisten (65. 66); ihre Vergleichung mit der Corporation und ihre Verschiedenheit von derselben (67—72); die Stellung der Corporationsmitglieder zu den Vermögensrechten der Corporation, und die Stellung der in einem Gesammtrechtsverhältniß Stehenden nach R. R. (73—78); die factische Collision unter Gesammtberechtigten und ihre Ausgleichung im R. R. (79. 80). Bisherige Begründung des Gesammteigenthums (81. 82) und der Correalobligation (83. 84).

Zweiter Abschnitt. Gesammtbesitz. S. 85—124.

§. 4. Was lehren die Quellen über den Besitz Mehrerer ohne intellectuelle Theilung? S. 85—120.

Aufzählung der Fälle (85). Erster Fall: Pfandgläubiger und Verpfänder (86 f.). Zweiter Fall: Der welcher ein Precarium gegeben und empfangen hat (87—89). Dritter Fall: Der abwesende Besitzer eines Grundstücks und dessen Occupant. Die herrschende Ansicht (90), die exc. cland. poss. (91 f.), Interpretation von l. 6. §. 1. l. 18. §§. 3. 4. l. 25. §. 2. l. 44. §. 2. l. 46. de poss. (92—96); Beweis, daß das int. de cland. poss. niemals existirt hat (97—99), weil die poss. solo animo eine Anomalie ist und nur bei vorübergehender Abwesenheit stattfindet (100—105); verschiedner Ausgangspunkt der Röm. Juristen hinsichtlich der poss. duor. in sol. (106. 107). Vierter Fall: Der Dejicient und der Dejicirte (107 f.). Fünfter Fall: Der Grundstücksbesitzer und der Superficiar. Ansicht von Kierulff und Böcking über den Besitz des Superficiars (108), von Savigny und Rudorff (109. 110), von Vangerow (111); Beweis für die Richtigkeit der Böcking'schen Ansicht (111—114), Erklärung der l. 15. §. 12. damn. inf. (115), der l. 3. §. 7. uti poss. (116—120).

§. 5. Kennt das R. R. einen Gesammtbesitz? S. 120—124.

Begriff des Gesammtbesitzes (121), derselbe paßt nicht auf die in §. 4. erörterten Fälle (122. 123), ein Gesammtbesitz kommt nur vor in dem Legat des Ususfructus und in der dos communis (124).

Dritter Abschnitt. Gesammteigenthum. S. 125—127.

§. 6. Erklärung von l. 5. §. 15. comm. Das R. R. kennt Gesammteigenthum an der dos communis und in der Pupillarsubstitution (125); warum nicht auch sonst? (126. 127).

Vierter Abschnitt. Gesammtservitut. S. 128—195.

§. 7. Die Untheilbarkeit der Servituten.

Ansicht von Schrader und Donellus (129), Elvers (130), Scheurl, Bechmann (131); ihre Widerlegung (132 f.), die eigne Ansicht des Verfassers (134—136).

§. 8. Mehrere gleichartige Servituten an einem Grundstück. S. 136—139.

Einzelne Fälle (136 f.), Verhältniß derselben zu einander (138. 139).

§. 9. Die Servitut bei intellectueller und reeller Theilung des herrschenden Grundstücks. S. 139—146.

Erklärung der l. 23. §. 3. de serv. pr r. (139. 140). I. Die intellectuelle Theilung; Wirkung der von einem Socius angestellten Servituten-

klage (140–144), der Ausübung der Servitut durch einen Socius (144), das Privilegium des einen Socius (145). II. Die reelle Theilung; Erklärung von l. 25. de serv. pr. r., l. 6. §. 1. quemadm. s. am. und l. 19. §. 4. comm. div. (145. 146).

§. 10. Die Servitut bei intellectueller und reeller Theilung des dienenden Grundstücks. S. 147—151.

I. Intellectuelle Theilung; Erklärung von l. 4. §. 4. l. 6. §. 4. si serv. vind. (147. 148). II. Reelle Theilung; Erklärung von l. 6. §. 1. quemadm. serv. amitt. (149—151).

§. 11. L. 18. serv. pr. r. und l. 15. quemadm. serv. am. S. 151—153.

§. 12. Die Gesammtrechtsverhältnisse bei Servituten. S. 153—170.

I. Intellectuelle Theilung; aus der Untheilbarkeit der Servitut und der Existenz mehrerer Miteigenthümer geht mit Nothwendigkeit ein Gesammtrechtsverhältniß hervor (153 f.); Verhältniß der Gesammtservitut zu den Sonderservituten (154 f.); Beweis derselben: Sprachgebrauch der Quellen (155. 156), die Ausübung durch einen Socius (156. 157), Privilegium desselben (157 f.); die Servitutenklage, Ansicht von Savigny (158—160), abweichende Ansichten (160 f.), die eigne Ansicht des Verfassers (161—163). II. Reelle Theilung; innerer Grund des Gesammtrechtsverhältnisses (163. 164); Wirkungen desselben bei der reellen Theilung des dienenden Grundstücks (164—167), des herrschenden (167—169). III. Das Gesammtrechtsverhältniß in dem Falle der l. 18. serv. pr. r. und l. 15. quemadm. s. a. (169 f.).

§. 13. Der Ususfructus an Quoten. S. 170—195.

Beweise für die Untheilbarkeit des Ususfructus: Interpretation von l. 32. de serv. stip. l. 1. §. 9. ad l. falc. l. 1. §. 1. de usufr. accr. (170—173); innere Gründe (173). Was verstehen die Quellen unter der Theilbarkeit des Ususfructus? (175 f.). Aus der Untheilbarkeit des Ususfructus folgt ein Gesammtrechtsverhältniß, wenn er in solidum Mehreren per vind. vermacht ist (177 f.); die Folge davon ist die auch nach dem Erwerbe fortdauernde Accrescenz (178—183). Interpretation der l. 3. §. 2. qu. m. ususfr. am. (183—188). Accrescenz an den Proprietätslegatar (188 f.). Warum findet die Accrescenz bloß bei einem vermachten Ususfructus statt? (190—193); warum ferner nicht bei andren Servituten? (193—195).

Fünfter Abschnitt. Gesammtpfandrecht. S. 196—204.

§. 14. Parallelisirung zwischen Ususfructus und Pfandrecht (196 f.); Möglichkeit zweier Pfandrechte in solidum (196—199), namentlich bei mehreren Erben (200—202). Gesammtpfandrecht (202—204).

Sechster Abschnitt. Die Correalobligation. S. 205—391.

Erstes Capitel. Die gewöhnliche Correalobligation. S. 205—387.

1. §. 15. Einleitung. Die bisherigen Auffassungen. S. 205—207.

2. Die Solidarobligationen. S. 207—225.

a) §. 16. Solidarobligationen erster Art. S. 207—218.

Eintheilung der Obligationen, je nachdem sie auf Vermögenserweiterung oder Schadensabwendung gehen (207—210); die erstren stammen aus einem Versprechen, die andren aus Handlungen (210—212). Die Solidarobligation erster Art entspringt aus dem Versprechen eines untheilbaren Gegenstandes (212 f.). Interpretation der l. 72. pr. de verb. obl. (213—215), der l. 25. §. 10. fam. erc. (215—218).

b) §. 17. Solidarobligationen zweiter Art. S. 218—225.

Sie entspringen aus verpflichtenden Handlungen (218—221) und aus berechtigenden (221 f.); Erklärung der Solidarobligation bei mehreren Mandatoren. Gegensatz der beiden Arten von Solidarobligationen (223—225).

3. §. 18. Die Correalobligation. Gesammt- und Sonderobligationen. S. 225—232.

Die Correalobligation kommt bloß bei dem Versprechen eines theilbaren Gegenstandes vor, wenn die Theilung vermieden werden soll (225—227). Juristische Construction von Brinz (227 f.), Windscheid (229 f.); die eigne des Verfassers: Gesammtobligation und Sonderobligationen (230—232).

4. §. 19. Verhältniß der Gesammtobligation und der Sonderobligationen. Sog. objectiver Bestand und subjective Beziehung. S. 233—240.

Der juristische Act trifft in der Regel nur eine Sonderobligation (233 f.); ausgenommen ist bloß die Erfüllung und die Verfügung (234—236). Die herrschende Ansicht stellt die entgegengesetzte Regel auf; Critik derselben (237—240).

5. §. 20. Sprachgebrauch der Quellen. S. 240—248.

Erklärung von communis obligatio in l. 34. §. 1. de sol., von commune jus stipulantis und communis debitor in l. 31. §. 1. de nov., von ejusdem obligationis participes in l. 16. de acc. (241—243), von propria singulorum obligatio in l. 9. §. 2. de d. r., von duae species obligationis in l. 13. de d. r. und l. 5. i. f. de fidej., von tota res, tota obligatio in l. 31. §. 1. de nov. und l. 2. de d. r. (243—245). Nach welchem Princip machen die Quellen von der Einheit resp. von der Mehrheit der Obligation Gebrauch? (245—248).

§. 21. Sprachgebrauch der Quellen. Fortsetzung. Ansichten früherer Schriftsteller. S. 248—253.

Ansicht von Windscheid, Samhaber (248), Dworzak, Vangerow, Fitting, Rückert, Kuntze, Helmolt (249 f.), Fritz (251 f.).

6. §. 22. Entstehung der Correalobligation. Einzelne Fälle. Form ihrer Eingehung. Die accessorischen Obligationen. S. 253—275.

1. Vertrag (254); bei der Stipulation ist ein einheitlicher Verpflichtungsact nöthig, sofern die Correalobligation eine active ist, nicht aber bei der passiven (255. 256). 2. Testament; die Partikel et genügt nicht, die Partikel aut ohne Zusatz nur bei der passiven C. O.; bei der activen bedarf sie eines Zusatzes (256—258); Widerlegung von Brinz und Fitting (258 f.). Uebergang zu andren Fällen: 1) das richterliche Erkenntniß (260 f.); 2) mehrere Schuldner ex aliena persona sind a) zusammen mit dem Hauptschuldner keine Correalschuldner (262—264), Widerlegung der entgegenstehenden Ansicht (264—268), b) unter einander sind sie Solidarschuldner zweiter Art (268—275. Auf S. 272 f. N. 4. Anmerkung betreffs der Haftung mehrerer Eigenthümer eines Sclaven aus dessen Delicten).

7. Materieller Inhalt der Correalobligation. S. 275—301.

a) §. 23. Im Anfang. S. 275—278.

Die Obligationseinheit verlangt, daß der Inhalt der Obligation im Anfang für alle Correi gleich ist (275). Keine Ausnahme ist die Zulässigkeit einer Bedingung oder von Bürgen, Pfändern für einen der Correi (276), wohl aber eines Dies: Erklärung derselben (277 f.)

b) Während der Dauer.

α) §. 24. Mora, Culpa und Unterbrechung der Klagverjährung. S. 278—291.

Daß alle diese Ereignisse bloß eine Sonderobligation ergreifen, ergiebt sich aus dem Princip des §. 19. (278). I. Mora; Ansicht von Ribbentropp, Rückert, Fitting (279); Widerlegung der Fitting'schen Ansicht über Mora überhaupt, und dabei Interpretation von l. 88. l. 91. §. 4. de v. o. und l. 95. §. 1. de sol. 46, 3. (279—285). II. Culpa. Bisherige Conjecturen und Interpretationen der l. 18. de d. r. (285), Widerlegung der herrschenden Ansicht (286 f.); wahrer Inhalt der l. 18. (288—290). III. Unterbrechung der Klagverjährung; die l. 5. C. de d. r. entspricht nicht der Natur der C. O. (290. 291).

β) §. 25. Fortsetzung. Pacta, insb. pact. de non. pet., Compromiß, stip. rem. rat. dom. hab. S. 292—301.

Erklärung der l. 9. §. 1. de d. r., Anwendung auf das pact. de non pet. (292. 293); Ansicht von Savigny und Brinz (294. 295), von Fitting (295. 296). Die eigne Ansicht des Verfassers (297—300). Compromiß nach röm. und heut. R. (300). Stip. rati (301).

8. Untergang der Correalobligation. S. 301—362.

a) Durch Handlungen der Correi. S. 301—333.

α) §. 26. Erfüllung. Solutio und Constitutum. S. 301—308.

Anwendung des Princips des §. 19. auf die Zahlung und Beweis aus den Quellen (301. 302). Die Vorbereitung der Zahlung durch das Constitutum (303). Warum darf ein Correalgläubiger das Constitut des andren nicht aufheben? (304). Gegnerische Auffassungen des Constitutum: von Savigny (305), Kuntze (306), Fitting und Girtanner (307). Das Constitutum eines Solidargläubigers (308).

§. 27. Fortsetzung. Hingabe an Zahlungsstatt, Deposition, Compensation, Acceptilation. S. 308—318.

Erörterung der drei ersten Acte (308). Die Acceptilation ist ein Formalact und zwar bestimmt sich ihre Wirkung nach der Formel (309—312); danach muß sie wie Zahlung wirken (312 f.), außer wo das Gesetz den im Formalact ausgesprochnen Willen der Parteien reprobirt; dabei Erklärung von l. 5. §. 1. de don. i. v. et u. 24, 1. (313. 314); die Acceptilation mit einem Solidarschuldner (314) und eines Solidargläubigers (315). Gegnerische Auffassungen der Acceptilation: von Kuntze (315 f.), Fitting und Fritz (316 f.), von Windscheid (317 f.), von Samhaber (318).

β) §. 28. Die Verfügung über die Obligation. Novation, contrar. sonsensus, Cession. Gelegentlich von der in integr. restit. S. 319—333.

Contr. cons. und Cession (319). Die bisherigen Ansichten über die Wirkung der Novation (319); Widerlegung der herrschenden Ansicht: Erklärung von l. 31. §. 1. de nov. (320 f.), l. 33. §. 1. de stip. serv. (321 f.), l. 29. de lib. leg. (322 f.), l. 20. ad sct. Vell. (323 f.). Rechtfertigung der eignen Ansicht des Verfassers: Natur der Novation, sie ist ein Formalact, und ihre Wirkung bestimmt sich lediglich nach den Willen der Parteien (324—330), also wirkt sie bei der Correalobligation bald auf einen Correus bald auf alle (330 f.). Die Novation in der Solidarobligation (331 f.). Die in int. restit. (332 f.).

b) Durch Ereignisse. S. 333—362.

α) §. 29. Untergang des Gegenstandes, Verwirkung, conc. duar. lucrat. causar., Capitis demin. S. 333—334.

β) §. 30. Confusion. Confusion im Allgemeinen. S. 334—346.

Alle Rechte gehen unter, wenn das Rechtssubject oder das Rechtsobject fehlt (335); Erklärung von l. 11. de fid. und l. 57. pr. de evict. (336 f.); Einwurf von Ihering (338 f.); daher geht die Obligation bei Confusion unter, nicht weil der Gläubiger in die Schuld resp. der Schuldner in die Forderung succedirt, sondern weil er darein nicht succediren kann, und es nunmehr seiner Forderung an allem Rechtsobject oder Rechtssubject fehlt

(339—341); Beweis aus l. 13. pr. de leg. II. (341), l. 38. §. 1. de fid. (349), l. 59. pr. ad sct. treb. (343—346).

§. 31. Fortsetzung. Confusion. Critik der gegnerischen Ansichten. S. 346—353.

Ansicht von Ribbentropp (346—349), Samhaber (349 f.). Widerlegung eines Einwurfs gegen die Ansicht des Verfassers (350—353).

§. 32. Fortsetzung. Confusion. Anwendung auf die Correalobligation. S. 353—362.

I. Ein Correalgläubiger beerbt den Correalschuldner; es geht bloß eine Sonderobligation unter; Erklärung der l. 71. de fid.; Anwendung auf andre Fälle (354. 355). Gegnerische Ansichten (355 f.), namentlich von Arndts und Fitting (357). II. Ein Correalgläubiger resp. Schuldner beerbt den andern: er ist jetzt Träger zweier Sonderobligationen; Beweis aus l. 13. de d. r. und l. 5. de fid. (358 f.). III. Confusion zwischen dem Bürgen und a) dem Hauptschuldner, dann wird die Bürgschaftsobligation von der Hauptobligation als plenior aufgehoben; Erklärung von l. 95. §. 3. de sol. (360) und l. 21. §. 2. de fid. (361); b) dem Gläubiger, dann erlischt die Bürgschaftsschuld wegen mangelnden Rechtssubjects oder Rechtsobjects (362).

9. Feststellung der Correalobligation. S. 363—381.

a) §. 33. Litiscontestation und Urtheil. S. 363—376.

Die Aufgabe des Processes ist die Feststellung streitiger Rechte (363); daraus folgt, daß die Gesammtobligation, d. h. die Summe aller Sonderobligationen in judicium deducirt ist; Beweis aus l. 5. de fid., l. 2. de d. r., l. 31. §. 1. de nov. (364). Die Litiscontestation läßt aber eine natur. obl. in allen Correi zurück (365); Beweis aus l. 28. C. de fid. und namentlich aus l. 16. de d. r. (366—369). Verhältniß des Urtheils in dem Proceß zu einem spätren Proceß (371—373). Gegnerische Ansichten (373 f.), namentlich von Fitting (374. 375).

b) §. 34. Der Eid. S. 374—381.

Der Eid ist gleichfalls Feststellungsmittel, hat also (abgesehen von der proc. Consumtion) dieselben Wirkungen wie die Litiscontestation (376 f.); Beweis aus l. 28. pr. §. 3. de jurej.; Unterschied von dem Eide des Bürgen (377. 378), eines Dritten (379), Anwendungen auf andre Fälle (379 f.). Gegnerische Ansichten (380. 381).

10. §. 35. Heutige Unterschiede zwischen Correal- und Solidarobligationen. S. 381—387.

Unterschiede zur Zeit Justinians (382 f.); heutige Aenderungen (383 f.), namentlich bezüglich der Novation (384 f.), der Acceptilation und Stundung (385 f.), des Vergleichs (386 f.).

Zweites Capitel. §. 36. Neue Species der Correalobligation. S. 387—391.

Verweisung auf dos communis und Pupillarsubstitution und Erklärung von l. 18. §. 3. de serv. stip. und l. 25. §. 2. de usufr.

Siebenter Abschnitt. Gesammtrechtsverhältnisse im Familienrecht. S. 392—419.

1. §. 37. Dos communis patri et filiae. S. 392—406.

Bisherige Auffassungen derselben (393); die eigne Ansicht des Verfassers; Beweis aus dem Sprachgebrauch „dos communis“ (394); Verhältniß des Vaters und der Tochter zur Dos (395) I. solange beide in der Gemeinschaft stehen und zwar a) vor Rückzahlung der Dos; hier findet eine Gesammtobligation Statt (396 f.); b) nach Rückzahlung; hier findet Gesammteigenthum, Gesammtbesitz u. s. w. Statt (398—402). II. wenn die Gemeinschaft aufgehoben ist, und zwar a) durch Tod des einen (402—404), b) Confiscation des väterlichen Vermögens (404), c) Emancipation der Tochter (405), d) Confusion (405). Die dos communis im spätren R. R. (405 f.).

2. §. 38. Die Conpotestas und der Conpatronat. S. 406—411.

Vermöge der Gesammtberechtigung gilt der Grundsatz: partes fiunt concursu; Wirkungen desselben in der Conpotestas (407—409); in dem Conpatronat (411).

3. §. 39. Die Contutel und Concura. S. 412—419.

Vermöge des Gesammtrechtsverhältnisses können mehrere Vormünder gewöhnlich einzeln handeln, außer wenn der Testator oder die Obrigkeit es anders bestimmen (413 f.); Einzelnes 1) bei der ungetheilten Vormundschaft (414 f.), 2) bei tutores resp. curat. gerentes und honor. (415 f.), 3) bei der getheilten Vormundschaft. — Die Verpflichtung der Vormünder schließt eine Solidarobligation zweiter Art in sich (416—419).

Achter Abschnitt. Die Gesammtrechtsverhältnisse im Erbrecht. S. 420—536.

Erstes Capitel. Das Accrescenzrecht. S. 420—446.

§. 40. Was für ein Recht hat der Erbe resp. Legatar vor dem Erwerbe? (421). Herrschende Auffassung beim Legat, Opposition von Brinz (422 f.); Köppens Ansicht (424 f.); eigne Ansicht des Verfassers (425. 426). Die Befugniß mehrerer Erben und Vindicationslegatare führt zu einem Gesammtrechtsverhältniß (426—431), dieses zum Accrescenzrecht 431 f.), Erklärung dieses Wortes (432—436). Das Accrescenzrecht findet bei Vindicationslegataren mit Theilen nicht Statt (437 f.); Grund, weshalb es nicht bei andren Legaten Platz greift (439—442). Justinians Verordnung (442—446).

Anhang. §. 41. Andre Anwendungen der Regel: concursu fiunt partes. S. 446—453.

1) Pignus praetorium (447—451); 2) l. 4. C. ad sct. tert. (451 f.); 3) der socius liber. imp. (452 f.); 4) bei Verträgen (453).

Zweites Capitel. Die Pupillarsubstitution. S. 453—536.

1. §. 42. Stellung des Substituten zur väterlichen Erbschaft bei Lebzeiten des Pupillen. S. 453—477.

I. Der Substitut ist bereits bei Lebzeiten des Pupillen Erbe des Vaters; gegnerische herrschende Ansicht, Ansicht von Huschke (455—457). Beweis aus der Bezeichnung „patris testamentum", aus l. 46. de v. et p. s. (dabei Erklärung von l. 11. §. 6. l. 87. §. 8. ad l. falc. l. 41. §. 6. de v. et p. s. 458—461), aus den Rechtsvorschriften: namentlich pater de suo legat. (461 f.), das Versprechen des arrog. impub. geht auf den Pupillarsubstituten über (462 f.), l. 46. de v. et p. s. l. 4. C. de nec. serv. her. inst. (464 f.). Der Erbschaftsantritt des Substituten wird zurückbezogen; Beweis aus dem dies cedens der Substitutenlegate (465 f.). II. Der Pupill mit dem Substituten zusammen als Einheit ist Erbe des Vaters, denn 1) der Pupill ist belastet, wenn dem Substituten Legate auferlegt sind; Beweis aus l. 79. l. 11. §. ad l. falc., l. 7. §. 5. de lib. leg. (467—470); 2) der Substitut ist belastet, wenn dem Pupillen Legate auferlegt sind; Beweis aus l. 87. §. 4. ad l. falc., l. 81. §. 7. de leg. I, der Regel in tabulis patris et filii una falcidia servatur, der cautio quanto amplius (470—477).

§. 43. Fortsetzung. Vier Streitfragen der Römischen Juristen. S. 477—502.

Erste Streitfrage. Haftung des Substituten für die Legate bei bon. poss. contra tab., Interpretation von l. 103. §. 2. de leg. III. (479—482), der l. 35. de v. et p. s. (482—485), der l. 5. pr. de praest. leg. (485—488). Zweite Streitfrage: Haftung des Substituten für die väterlichen Schulden, wenn der Pupill abstinirt hat (488. 489). Dritte Streitfrage: Capacität des Substituten; Erklärung der l. 6. de v. et p. s. (489. 490). Vierte Streitfrage: Das Recht des Substituten auf die Quart; Erklärung der l. 87. §. 4. ad l. falc., l. 11. §. 7. l. 14. §. 2. eod. (490—492). — Grund der Streitfragen (493 498); die neuere Ansicht ist vorzuziehen, weil sie der Natur des Gesammtrechtsverhältnisses mehr entspricht (499—502).

2. §. 44. Verhältniß des Substituten zu den Erbschaften des Vaters und des Pupillen nach dem Tode des letztren. S. 502—536.

I. Fälle wo die Erbschaft des Vaters und Pupillen untrennbar sind. A. der Pupill ist *ex asse* eingesetzt; Erklärung von Cic. de inv. 2, 21. (503 f.); es sind duae hereditates (patris et

filii), aber als untrennbar vorhanden (505), zwei Folgerungen (506). B. der Unmündige und der Subſtitut ſind jeder *ex parte* eingeſetzt; 1) der Subſtitut ſchlägt die Inſtitution aus; Erklärung der l. 10. §. 3. de v. et p. s. (507—509), der l. 27. §. 2. ad sct. treb. (509), der l. 8. pr. de v. et p. s. und l. 11. §. 1. ad sct. treb. (510. 511); 2) der Subſtitut tritt die Inſtitution an; Erklärung der l. 59. de acq. her., l. 20. C. de jur. del. (511—513). C. der Subſtitut iſt *ex asse* eingeſetzt oder der Pupill abſtinirt (513—515).
II. Fälle wo die väterliche und Kindeserbſchaft ihren eignen Gang gehen. A. Nach Civilrecht (515 f.). B. 1) die Vorſchriften über Capacität (517). 2) die Vorſchriften über die Arrogation eines Unmündigen (517). 3) die Vorſchriften über das benef. abst. (518); a) der inſtituirte Pupill abſtinirt (519), b) der ſubſtituirte Suus abſtinirt; Erklärung der ll. 40. 41. de acq. her. (521—527), der l. 12. de v. et p. s. (527—532). — Reſultat (533); Bedeutung der Bezeichnung unum testamentum duarum hereditatum (534—536).

Erſter Abſchnitt.

Einleitung.

§. 1. Die universitas personarum.

Gegen die Anſicht einiger Römiſcher Juriſten, wonach Mehrere eine Sache ſolidariſch beſitzen können, wendet Paulus in l. 3. §. 5. de poss. 41, 2. ein:

> contra naturam est ut, quum ego aliquid teneam, tu quo que id tenere videaris,

und ſpäter:

> non magis eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.

Die Begründung erſcheint ſo ſehr natürlich und iſt um deshalb ſo ſehr beſtechend, daß man verſucht iſt, ſie ſofort auf alle andern Rechtsverhältniſſe zu übertragen, und die Behauptung aufzuſtellen: ſowie kein ſolidariſcher Beſitz Mehrerer, ſo iſt kein ſolidariſches Eigenthum, Forderungsrecht, Erbrecht u. ſ. w. möglich. Für dieſe Behauptung ſprächen auch ſofort mehrere Quellenzeugniſſe: der Satz von Celſus den Ulpian ſich zu eigen macht: duorum in solidum dominium (vel possessio) esse non potest [1]), der Satz von Paulus: uni duo pro solido heredes esse non possunt [2]); auch widerſpräche

1) l. 5. §. 15. comm. 13, 6.
2) l. 141. §. 1. de reg. j. 50, 17.

nicht daß mehrere Solidarobligationen, mehrere gleichartige Servituten an derselben Sache existiren können; denn Gegenstand der Solidarobligationen ist die menschliche Freiheit, d. h. ein unerschöpfliches und der mannigfaltigsten Beschränkung fähiges Wesen, und auch den mehreren Servituten gegenüber verhält sich die Sache in gleicher Weise, da — mit alleiniger Ausnahme des Ususfructus — keine mit Nothwendigkeit ihre ganze Brauchbarkeit resp. Productionsfähigkeit ergreift [1]). Wohl aber widerspricht, um bei einem von den meisten Juristen anerkannten Beispiel stehen zu bleiben, die Correalobligation: hier ist eine Obligation mit mehreren Berechtigten vorhanden, so daß man als Gegenstück den Satz aufzustellen versucht wird: uni duo pro solido creditores esse possunt; und wieviel andre Fälle widersprechen, das zu zeigen ist eben die Aufgabe der vorliegenden Schrift.

So fühlt man sich gedrängt die Römische Regel, wonach weder duorum in solidum possessio, noch dominium, noch hereditas möglich ist, in andrer als in der bisher gebräuchlichen Weise aufzufassen. In welcher? das vermögen wir noch nicht jetzt, sondern erst bei der Erörterung der einzelnen Institute [2]) auseinanderzusetzen. Vorläufig mag es genügen, daß wir uns mit der Paulinischen Begründung allein beschäftigen.

Dieselbe paßt nämlich durchaus nur auf die Detention; das tenere, stare, sedere Mehrerer ist hinsichtlich derselben Sache resp. hinsichtlich desselben Ortes nicht möglich. Folgt daraus aber auch der Schluß auf den juristischen Besitz? Fast möchte man dies bejahen, da, wenn auch der Besitz solo animo zurückbehalten, doch aber niemals solo animo erworben wird. Allein man kommt dennoch zur Verneinung, wenn man an die im Besitz allgemein zulässige Stellvertretung denkt; seitdem man alieno corpore besitzen kann, ist es nicht nothwendig daß zwei Besitzer auf demselben Orte stehen, dieselbe Sache anfassen, sie können vielmehr beide denselben

1) Wo dies freilich der Fall ist, muß zur Bestellung einer neuen Servitut die Einwilligung des älteren Servitutberechtigten eingeholt werden, l. 8. de aq. 39, 3.

2) S. Absch. 2. §. 5. Absch. 3. §. 6. Absch. 8. §. 40; s. jedoch auch diesen ersten Abschnitt §. 3. gegen Ende.

Stellvertreter bestellen, und — falls nur sonst nichts entgegensteht — besitzen sie in solidum, oder wie wir vorerst sagen dürfen, ist ihre possessio in solidum durch Paulus' Motivirung nicht ausgeschlossen. Gesetzt aber auch daß diese Schlußfolgerung nicht richtig ist, so wären wir immer noch nicht berechtigt, was in der Lehre vom Besitz gilt, auf andere Rechtsverhältnisse zu übertragen. Die eigenthümliche Natur des Besitzes unterscheidet diesen so sehr von allen Rechtsinstituten, daß man die ganzen Privatrechte füglich in zwei Theile theilen darf, deren einen eben der Besitz bildet; im Besitz tritt der Mensch in seiner natürlichen Seite (animus und corpus) auf, anderweitig als ein geistiges Wesen; im Besitz ist das räumliche Element von entschiednem Gewicht, den andren Rechtsinstituten ist dieses fast fremd; der Besitz ist, weil er gleichsam eine Naturwahrheit ist, frei von Fictionen [1]), die übrigen Rechtsverhältnisse lassen Fictionen zu u. s. w.

Allein nicht bloß die Juristenfragmente sind der Anlaß gewesen, daß das Gesammteigenthum (— nur dieses einzelne Institut ist in der bisherigen Literatur Gegenstand der Controverse gewesen —) von den Romanisten verworfen wurde; der tiefere Grund war vielmehr, daß man jenes mit dem Begriff des Eigenthums für unverträglich hielt [2]). „Die Universalität und Unerschöpflichkeit des Eigenthums, die in der Bezeichnung von Donellus: unum summum jus ihren schönsten Ausdruck empfangen hat, verlangt daß der Eigenthümer mit der Sache nach Belieben schalten und walten und daß er namentlich jeden Andren von der Sache ausschließen darf". Dies ungefähr ist die Deduction, mit welcher man das Gesammteigenthum zurückschlagen zu können glaubt. Daß dieselbe Deduction auf die Correalobligation mutatis mutandis anwendbar ist, und daß die Theorie einen innren Widerspruch mit sich herumträgt, indem sie Gesammteigenthum leugnet, Einheit der Correalobligation

1) Selbst der Grundsatz, daß der Besitz an Grundstücken, welche in Abwesenheit des Besitzers occupirt werden, nicht verloren geht, wird nicht durch eine Fiction festgestellt, sondern durch Bezugnahme auf die Regel: quo quid colligatum est, ita et solvi debet, l. 46. de poss. 41. 2. und unten Absch. 2. §. 4. No. III.

2) Vgl. besonders Hasse ehel. Gütergem. §. 11 ff.

behauptet, das ist erst von Kuntze klar ausgesprochen [1]), eben deshalb aber auch von ihm wie das Gesammteigenthum so auch die Einheit der Correalobligation geleugnet worden. Es verdient auch ferner hervorgehoben zu werden, daß jene Deduction nur auf die solidarische Berechtigung Mehrerer paßt, d. h. auf mehrere solidarische Rechtssubjecte; nicht aber wird dadurch ein — wenn der Ausdruck gestattet ist — solidarisches Unterworfensein ausgeschlossen, d. h. ein solidarisches Dienen mehrerer zu derselben Servitut verpflichteter Grundstücke, eine solidarische Verpflichtung mehrerer in derselben Obligation stehender Schuldner; kurz jene Deduction paßt höchstens auf mehrere solidarische Rechtssubjecte, nicht Rechtsobjecte.

Worin liegt aber der Fehler jener Deduction? Offenbar darin daß man die einzelne Persönlichkeit des Menschen zu exclusiv faßt, daß man sie starr und für sich abgeschlossen hinstellt, und sie nicht für fähig erachtet, sich mit andren Persönlichkeiten zu einer (wenn man will, höheren) Einheit zu verbinden, — zu einer wirklichen, nicht etwa fingirten Einheit. Denn wäre zu erweisen, daß mehrere Personen in eine solche Verbindung treten können, daß daraus eine wahre neue Persönlichkeit hervorgeht, so wäre zwar der Begriff des Gesammteigenthums noch nicht sofort gegeben, jedenfalls aber wäre dann der Behauptung die Grundlage entzogen, daß die solidarische Concurrenz Mehrerer deshalb unmöglich sei, weil Einer den Andren ausschließen würde; denn es wäre eben eine Einheit geschaffen, innerhalb welcher die absolut ausschließliche Berechtigung Eines allein keine Stelle findet, in welcher der Eine, trotzdem er berechtigt ist, dennoch nicht das Recht hat den Andern auszuschließen, sondern höchstens befugt ist das Recht selbst wahrzunehmen und auszuüben. Und von diesem Verhältniß bis zu demjenigen, welches den Namen der Gesammtberechtigung verdient, liegt — das wird sich aus der folgenden Untersuchung ergeben — nur ein Schritt.

Giebt es nun aber solche organische Einheiten, hervorgegangen aus der Verbindung Mehrerer?

Fast allgemein wird die Frage verneint; es hat sich unter den

---

1) S. unten Abschn. 6. §. 15.

Romanisten nur Kuntze[1]), unter den Germanisten nur Beseler[2]) und Bluntschli[3]) für die Bejahung entschieden. Unsrer Ansicht nach ist sie entschieden zu bejahen, zu bejahen nicht bloß für die Menschen, sondern auch für die Sachen.

Was die Menschenverbindungen anbetrifft, so ist in neuerer Zeit der Streit über die Natur der sog. juristischen Person lebhaft geführt worden; die bisherige Ansicht, daß sie eine Fiction enthalte, ist mit guten Gründen angefochten worden; an die Stelle dieses Begriffes hat man die subjectlosen Vermögensrechte gesetzt; daran aber daß sie eine wahre natürliche Persönlichkeit enthalte, hat außer Kuntze, Beseler und Bluntschli Niemand gedacht; wir müssen deshalb auf die Begründung dieser Auffassung des Weiteren eingehen. Dabei wollen wir noch bemerken, daß es nicht in unsrem Plane liegt, eine Darstellung und Critik der bisher aufgestellten Ansichten[4]) zu liefern; beides halten wir für überflüßig; erstres deshalb, weil der Streit noch so frisch, die Literatur noch so jung ist, daß wir nicht nöthig haben, dem Gedächtniße der Leser durch eine Zusammenstellung nachzuhelfen; letztre deshalb weil wir bereits mehrere Beurtheilungen besitzen[5]). Selbstverständlich aber werden wir insoweit auf die entgegenstehenden Ansichten eingehen, als sie durch Argumente gegen oder für unsre Ansicht begründet worden sind.

„Diesem Gedanken (daß nämlich jede juristische Person nicht selbst ihren rechtlichen Willen *aussprechen* und im Rechtsverkehr

1) Krit. Ztschr. 5, 359 ff. In seinem Buche Obl. S. 376 ff. findet sich diese Ansicht noch nicht; in seinen Inhaberpapieren S. 436. S. 509 ff. ist wohl ein Uebergang zu seiner neuen Ansicht zu bemerken, doch werden hier noch Corporationen und Stiftungen unter Einem Gesichtspunkt aufgefaßt. — S. indeß auch was Kuntze Obl. S. 64. N. 1. sagt.

2) Erbverträge 1, 80. Volksrecht und Juristenrecht S. 173. Deutsches Privatr. 1, 365.

3) D. Privatr. §. 34, namentlich Bd. I. S. 110. Krit. Vierteljahrschr. 1, 494—500.

4) Auf den von Germanisten aufgestellten Begriff der Genossenschaft gehen wir nachstehend nicht ein; wir geben diese Erörterung nur als Einleitung zum R. R., überzeugt daß dieselbe sich auch bei Darstellung des Deutschen Rechts als probehaltig erweisen werde.

5) Vgl. namentlich Unger in der Münchner krit. Ueberschau 6, 147—188, und Arndts in der krit. Vierteljahrschr. 1, 93—99.

handeln könne) hat man häufig den irrigen Ausdruck gegeben, daß jede juristische Person auf einer Fiction beruhe, und aus diesem unrichtigen Ausdruck hat man denn einen ganzen Knäuel von ungegründeten Schlüssen abgewickelt. Die Begriffe Menschheit, Volk, Familie als Gattungen und Arten sind aber keine Fictionen sondern Wahrheiten und doch offenbart sich das Leben der Menschheit, des Volks, der Familie nicht in einem einzigen sichtbaren Körper, sondern in der Mannigfaltigkeit der zu ihnen gehörigen Individuen. Es war ein großer Fortschritt des menschlichen Rechtsbewußtseins, als die Römer manche Gemeinschaften als juristische Personen zu begreifen anfiengen; ein Fortschritt der Erkenntniß, nicht eine Fiction".

Diese tief empfundnen und höchst treffenden Worte Bluntschlis, die wir durchgängig unterschreiben, sind von ihm später mit Bezug auf die Persönlichkeit des Staates weiter ausgeführt worden. Aeußere wie innere Gründe beweisen jene Persönlichkeit als eine Nothwendigkeit. Ein äußerer Grund liegt z. B. darin, daß das ganze Völkerrecht auseinander fallen müßte, wenn nicht die Staaten es als persönliche Wesen durch ihre Verträge zusammenhielten; wenn Dynastieen wechseln, wenn durch Revolutionen und Usurpationen der legate Zusammenhang zwischen der früheren und folgenden Regierung abgebrochen wird, ja wenn durch Eroberung ein ganzes Staatswesen aufgehoben, — mit andern Worten, wenn der Begriff der Succession zwischen dem früheren und neuen Staat unanwendbar ist: so wirken dennoch die Staatsverträge fort weil die völkerrechtliche Persönlichkeit nicht aufgehoben ist; erst wenn die Volkspersönlichkeit selbst beseitigt ist, werden jene Verträge zerrissen; es war ein durchaus unberechtigtes Verlangen, als Rom nach Zerstörung Alba's den Vorsitz dieser Stadt im latinischen Bündniß für sich in Anspruch nahm. — Nicht minder bedarf das Staatsrecht jener Volkspersönlichkeit, es ist gerade ein verwerflicher Zug der mitteralterlichen Rechtsanschauung, daß Fürsten und Stände ihre politischen Befugnisse durchweg privatrechtlich auffaßten. Dies die äußeren Gründe, der innere Grund aber, der zugleich jenen äußeren den Charakter als bloßer Handhaben zur Erreichung von Zwecken benimmt, ist der daß es einen Volkswillen giebt. Auf die Gefahr hin daß man uns des Tummelns auf

Gemeinplätzen beschuldigt, müssen wir zunächst darauf aufmerksam machen, daß es einen Nationalcharakter und nationale Anschauungen giebt; so gefährlich es ist, dieselben bis ins Detail zu entwickeln (— man denke an einzelne Aussprüche von Hegel und Hegelianern —), so wenig läßt sich leugnen daß im Großen und Ganzen die Linien sich ziehen lassen. Das unmittelbare Resultat des besondern Nationalcharacters aber ist der besondre Volkswille; er ist nichts als der auf das praktische Handeln gerichtete Charakter des Volkes, der Einzelwille steht (wie der Charakter des einzelnen Volksmitgliedes) vor dem nationalen zurück; es ist oft genug vorgekommen, daß Gesetzentwürfe von Ständen angenommen, von Fürsten sanktionirt wurden, mit welchen sie persönlich nicht einverstanden waren; das Volksbewußtsein überwog in ihnen so sehr, daß die individuelle Neigung sich ihm unterwarf. Und ferner: die ganze Theorie des Gewohnheitsrechts, wie sie heut seit Savigny und Puchta fast allgemein gelehrt wird, beruht auf der natürlichen Persönlichkeit des Volkes.

Was aber bei dem Staate im Großen sich vollzieht, das kehrt bei den einzelnen staatlichen Gemeinden, bei allen sog. öffentlichen Corporationen im Kleinen wieder. Es findet sich aber nicht minder bei den sog. Privatcorporationen, nur daß natürlich Zweck und Aufgabe der Corporation einen andern Inhalt des corporativen Willens bedingen, nur daß ferner während das Volk in der Regel[1]) ein Unicum ist, jene öffentlichen und privaten Corporationen in unbegrenzter Zahl existiren, der Gesammtwille der einzelnen Corporationen also vielfach derselbe ist, und der Unterschied zwischen den einzelnen Gesammtwillen nur darin zu setzen ist, daß sie sich local oder geschäftlich abgrenzen.

Erwägt man aber endlich, daß alle jene Corporationen nicht etwa dem erfinderischen Kopfe dieses oder jenes Mannes entsprungen, daß sie vielmehr mit dem Beginn der Historie gegeben sind, und daß der Verlauf der Geschichte bloß dazu gedient hat, den corporativen Grundgedanken in der mannigfachsten Weise zu gestalten: so kann man sich doch nicht des Schlusses erwehren, daß eine Naturnothwendigkeit, nicht aber eine Fiction der tiefere Grund des einheitlichen

1) Vorausgesetzt nämlich, daß es sich nicht in mehrere Theile spaltet.

Corporationswesens ist. Wir haben es, um mit Kuntze zu reden, mit „historisch-organischen Realitäten" zu thun, nicht (wie Windscheid [1]) meint) mit Begriffen, welche zufolge eines der Menschennatur inwohnenden Zuges als Persönlichkeiten gedacht werden; daß sie sich nicht durch Vertrag gebildet haben noch bilden, ist in neuerer Zeit fast allgemein anerkannt, aber selbst daß sie durch einen sog. constituirenden Act entstehen, möchten wir bestreiten; denn jene Corporationen erscheinen uns nicht als Schöpfung der Individuen, vielmehr fassen wir die Menschen welche zur Bildung einer Corporation zusammentreten als den mehr passiven Theil auf; sie sind Werkzeuge in der Hand der Geschichte und des Verkehrslebens; daher kehren die Corporationen bei allen Völkern und zu allen Zeiten wieder; jeweiter die Nationen sich entwickeln, um so mehr nimmt die Zahl der Corporationen (Gemeinden und Erwerbsgesellschaften) zu; es ist gleichsam eine historische Triebkraft vorhanden, welcher die die Corporation bildenden Menschen gehorchen, und dies gilt selbst im Großen und Ganzen von den Actienvereinen der neueren Zeit. —

Ein Vorwurf der unsrer Ansicht gemacht werden könnte soll noch erörtert werden. Man wird fragen: „wo ist die Grenze der Corporation? Soll jede Verbindung die sich als Einheit denkt und constituirt als Corporation gelten, oder soll ein bestimmter Zweck z. B. Verfolgung staatlicher oder wirthschaftlicher Ziele verlangt werden? Letzteres würde sich kaum begründen lassen, und ersteres scheint staatsgefährlich zu sein". Wir geben zu, daß sich kein besondrer Zweck als Voraussetzung der corporativen Rechte verlangen läßt; bester Beweis hiefür ist daß den Römern die Gemeinden ebensowohl Corporationen sind als die Priestercollegien, die gewerblichen und geselligen Vereine. Allein wir bestreiten die Staatsgefährlichkeit im Großen und Ganzen, und wo sie im Einzelnen vorhanden ist, steht es ja dem Staat frei, einzelnen Corporationen oder sogar einzelnen Classen derselben die Rechtspersönlichkeit abzusprechen [2]) —

1) Pand. §. 49. N. 2. 3.

2) Dies war der Inhalt der Römischen Gesetzgebung gegen Ende der Republik und unter den Kaisern. Mommsen de coll. et sod. Rom. §. 5 sq. §. 17

ähnlich wie sie den Sclaven abgesprochen ist; aber eben nur die Rechtspersönlichkeit kann abgesprochen werden, die natürliche Persönlichkeit der Corporation existirt, wenn sie heimlicher Weise fortwirkt, immer fort. —

Daß das Wesen der Corporationen heutzutage noch so wenig erkannt ist, hat u. E. zum großen Theil in der formellen Behandlung der juristischen Personen seinen Grund. Es waltet ein eigenthümlicher Unstern über dieser Lehre. Die ältere Doctrin[1]) bildete sich ihren Begriff der juristischen Person zunächst nur in Bezug auf die universitas personarum; sie wollte damit der universtas bonorum nicht den Character der juristischen Person absprechen; weil sie aber ihre Untersuchungen auf die univ. personarum beschränkte, so gelangte sie dahin, jede Vereinigung mehrerer Personen zur Erreichung irgend eines gemeinschaftlichen Zweckes mit gemeinschaftlichen Mitteln für eine „moralische Person" zu erklären[2]); jede Societas, ja das Condominium[3]) wurde sohin unter diesen Begriff gestellt. Diese maßloße Ausdehnung der juristischen Persönlichkeit hat die neuere Theorie beseitigt, allein wie uns scheint wieder auf Kosten der juristischen Wahrheit. Man suchte nämlich nunmehr einen Begriff zu finden, welcher sowohl auf die univ. person. als auf die univ. bonorum anwendbar ist, und so gelangte man zuerst zu dem Gedanken der Fiction einer Person, in neuester Zeit zu dem Gedanken des sog. Zweckvermögens. Den grundverschiedenen Character beider Universitates übersah man; doch ist er in zwei Streitfragen zu Tage getreten. Die erste ist folgende: es handelt sich unter den Anhängern der fingirten Persönlichkeit darum, was denn als Person

---

Puchta in Weiske's Rechtslex. 3, 76 f. Göschen Vorl. 1, 204. Unger in Münchner krit. Ueberschau 6, 179 ff. A. M. Savigny System 2, 256 ff.

1) Glück Comm. 2, 62. Höpfner Comm. §. 61. S. 91. Konopak Inst. des R. R. §. 97. Thibaut Syst. 1. Aufl. §§. 198. 199. 3. Aufl. §§. 218. 219.— Vgl. ferner Unger Oesterr. Privatr. §. 42.

2) Glück Comm. a. a. O. und 1, 492 f. Konopak, Höpfner und Thibaut a. a. O. Kaufmann Anfangsgründe des Röm. Privatr. I. §. 32.

3) Konopak Inst. §. 201. Dies ist merkwürdiger Weise in neuester Zeit von Vogt (Ztschr. f. d. ges. Handelsr. 1, 489. 529) wieder aufgenommen werden: „schon jedes Miteigenthum schafft ein fingirtes Rechtssubject"!

fingirt werde? Während die gemeine Ansicht[1]) dahin geht, daß ohne Unterschied zwischen univ. person. und bon. der Zweck, die Idee das fingirte Rechtssubjekt sei, hat Unger[2]) die Behauptung aufgestellt, daß das Substrat der juristischen Person, d. h. bei univ. pers. der Personenverein, bei den univ. bon. das Vermögen personificirt werde. Von dieser Unger'schen Ansicht zu der unsrigen ist genau genommen nur Ein Schritt; man braucht nämlich nur die Fiction bei Seite zu werfen, resp. sie für das zu erklären was sie ist, für den formalen Ausdruck eines Rechtssatzes, welcher unter die von den Juristen aufgestellten Regeln sich nicht fügen will, und welcher auf die Unrichtigkeit dieser Regeln nach Einer Seite hin weist. Geschieht dies, so tritt der Unterschied zwischen univ. pers. und bon. klar zu Tage: dort haben wir eine wahre natürliche Persönlichkeit, die selbst ohne Vermögen besteht, hier ein subjectloses (actives oder passives) Vermögen. — Die zweite Streitfrage ist von Weiske angeregt worden, er meint[3]) die Römische Corporation sei „aus zwei an sich selbstständigen Rechtsinstituten zusammengesetzt: aus der juristischen Person (universitas) und dem Vereine Mehrerer (collegium)", Rechtssubjekt sei die juristische Person, aber gleichzeitig habe das einzelne Corporationsmitglied durch Eintritt in die Corporation seine Rechtssphäre erweitert; die Erweiterung liege theils darin, daß er an der Schöpfung der Corporation (an deren Personification) resp. an deren Fortdauer Theil genommen, sowie darin, daß er Rechte und Verbindlichkeiten gegenüber der Corporation habe[4]). So gewiß es unrichtig ist in der Römischen Corporation

1) Savigny Syst. 2, 244. N. b. Puchta Inst. 2, 291. 296. Scheurl Beitr. 1, 5 f. Müller Inst. §. 60. Hingegen Kierulff (Civilr. S. 131. Anm. S. 146) meint, es werde überhaupt nichts personificirt, sondern vom Staat ein neues Rechtssubjekt geschaffen, Personen und Güter seien bloß Voraussetzungen der jur. Person. Abgesehen davon, daß diese Ansicht auf dem Vordersatze beruht „der Staat schafft die jur. Person" (— ein Vordersatz, der wohl kaum als herrschende Ansicht bezeichnet werden darf, vgl. Unger in Münch. kr. Ueberschau 6, 148 ff. Demelius in den Jahrb. f. Dogm. 4, 137 ff. Fitting in der krit. Vierteljahrsschr. 1, 585 f.—), so begreift man nicht wie der Staat aus dem Rechts soll eine Persönlichkeit schaffen können.

2) Oesterr. Privatr. §. 42. N. 7. und Münchner kr. Ueberschau 6, 159 ff.

3) Pract. Erörtr. 3, 132 ff.

4) A. a. O. S. 131.

eine Zusammensetzung und ein Nebeneinanderbestehen zweier Rechtsinstitute zu erblicken, ebenso gewiß ist die Hinweisung auf die Erweiterung der Rechtssphäre, welche das Individuum durch den Eintritt in eine Corporation erfährt, richtig. Sofort tritt aber auch der Gegensatz der Corporation und der Stiftung entgegen, den Weiske, weil es außerhalb seines Planes lag, nicht gezogen hat; eine Erweiterung der Rechtssphäre für irgend wen ist bei der Stiftung unmöglich. Diese der Corporation eigenthümliche Erscheinung läßt sich, man mag nun die juristische Person als fingirte Persönlichkeit oder als Zweckvermögen auffassen, nicht rechtfertigen; der beste Beweis hiefür ist daß man bisher davon nicht gesprochen hat; als Entschuldigung hiefür mag es dienen, daß die Erweiterung eben nur die Rechtssphäre (die ganze Persönlichkeit), nicht aber die einzelnen Rechte der Person betrifft; doch aber empfindet es der Systematiker als eine Lücke, daß von jener Erweiterung der Rechtssphäre geschwiegen wird. — —

Es läßt sich nachweisen, aus welchem Grunde der herrschenden Meinung die Unterschiede zwischen der univ. pers. und bon. entgangen sind, so daß man sich berechtigt hielt, beide unter Einen Begriff zu subsumiren. Fast allgemein nämlich bestreben sich die Civilisten [1]) die Corporation nur, wenn der Ausdruck gestattet ist, vom privatrechtlichen Standpunkt aufzufassen, nur insofern sie zu behandeln als sie Privatrechte hat; von hier aus allerdings ist die Parallelisirung mit der Stiftung, wenn auch nicht nothwendig und nicht treffend, so doch leicht möglich und begreiflich. Allein mit diesem Standpunct wird man der Corporation nicht gerecht; es gilt ihren Begriff zu construiren, dies aber setzt voraus, daß ihre gesammten Beziehungen in Rücksicht gezogen werden, namentlich in Rücksicht gezogen wird, daß sie auch ohne Vermögen, selbst ohne Vermögensfähigkeit existiren könnte, was bei der Stiftung undenkbar ist.

---

1) Savigny Syst. 2, 236 f. Unger Oesterr. Privatr. 1, 314 f. Demelius in den Jahrb. f. Dogm. 4, 121. Nur Beseler (deutsch. Privatr. 1, 354 f.) und Roth (Jahrb. für Dogm. 1, 204 ff.) machen eine Ausnahme; Böcking Pand. §. 62. N. 8. thut das Gleiche für die Inhaber der Staatsgewalt oder eines Staatsamtes.

Diesen Gegensatz zwischen univ. pers. und bon. a priori zu entwickeln, ihn als einen nothwendigen zu erweisen, war die bisherige Ausführung bestimmt. Noch aber ist die Hauptaufgabe zu lösen; es muß gezeigt werden, daß der Gegensatz den Quellen des R. R. entspricht, namentlich daß die univ. pers. in den Quellen als eine natürliche Persönlichkeit, als ein Wesen mit natürlichem Körper und mit natürlichem Willen behandelt wird. Aus folgenden Rechtssätzen geht dies hervor:

1) Eine Corporation kann einen Usus fructus haben [1]), eine Stiftung hingegen nicht; zwar ist dies in den Quellen nicht von der Stiftung schlechthin, sondern nur von der hereditas jacens gesagt; Grund hievon ist aber sicherlich, daß die Stiftung überhaupt nur sehr wenig in den Quellen behandelt ist; darauf weist auch die Motivirung hin, die wir bei der Unfähigkeit der hered. jac. zu einem Usus fruct finden:

> l. 61. pr. de a. r. dom. 41, 1: Hereditas in multis juris partibus pro domino habetur, ideoque hereditati quoque ut domino per servum hereditarium acquiritur; in his sane in quibus factum personae operaeve substantia desideratur, nihil hereditati quaeri per servum oportet. §. 1. Usus-fructus qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non acquiritur.

Insoweit ist die her. jac. Rechtssubjekt, als nicht zu gewissen Rechten die Handlung einer natürlichen Person erforderlich ist; nun besteht der Usus fructus ex fruendo, id est facto aliquo ejus qui fruitur et utitur (l. 1. pr. quando dies usufr. 7, 3)[2]), deshalb ist die her. jac. des Usus fructus unfähig. Zwar möchte man meinen, daß das factum fruendi auch vom Erbschaftssclaven vorgenommen werden könne; indeß ist dabei die Natur des Usus fructus übersehen. Soviel auch Puchta in der Auffassung der Servituten geirrt haben mag: soviel scheint uns noch immer wahr, daß der Usus fructus ein erweiterter Usus ist, wie denn auch der Regel nach

---

1) L. 56. de usufr. 7, 1. l. 8. de us. et usufr. leg. 33, 2. l. 66. §. 7. de leg. II. (31.)

2) Die Begründung dieser Regel wird unten §. 2. No. 2. c. am Ende erfolgen.

in jedem Ususfructus der Usus liegt. Usus aber setzt stets eine natürliche Person mit natürlichen Bedürfnissen, welche durch Usus ihre Befriedigung finden sollen, voraus; auch von ihm läßt sich behaupten: consistit ex facto utendi; wo das factum utendi unmöglich ist, kann kein Usus stattfinden; ebendeshalb aber auch kein factum utendi fruendi, da hierin eine bloße Erweiterung des factum utendi enthalten ist. Daher heißt es auch vom Ususfructus:

l. 26. de stip. serv. 45, 3: ususfructus sine persona esse non potest [1]).

Für Savigny, der die Persönlichkeit der Erbschaft im Grunde genommen leugnet, da er ihr nur eine einzige practische Function zuschreibt, bot dieser Rechtssatz keine Schwierigkeit; er lehrt denn auch, daß alle juristische Personen Ususfructus [2]) haben können; wie sich freilich damit seine Behauptung verträgt, daß der Usus auf die juristische Person unanwendbar sei, weil er nur im eignen persönlichen Gebrauch der Berechtigten besteht, ist nicht einzusehen; denn wie wir bereits früher bemerkt haben, liegt im Ususfrukt der Usus, und wir zweifeln deshalb nicht, daß die Corporationen des Usus gleichfalls fähig sind [3]).

Anders stellt sich die Sache für diejenigen, welche die hered. jacens auf eine Linie mit den Stiftungen und Corporationen stellen. Unger [4]) meint, „die Corporation habe an den sie bildenden physischen Personen ihre natürlichen Vertreter, welche uti et frui possunt, der hereditas als einer univ. bonorum fehle es an einem solchen natürlichen Repräsentanten". Aber, entgegnen wir, wo bleibt der Erbschaftsslave, namentlich der mit einem Peculium ausgestattete? Wo bleiben die Vorsteher der Stiftung? Demelius [5]) verweist dar-

1) Mit Unrecht meint Windscheid, Pand. §. 58. N. 2, der Usufruct. sei den juristischen Personen mit Ausnahme der Erbschaft „auf künstlichem Wege" zugänglich gemacht worden. Wo deuten die Quellen die Künstlichkeit an? Und weßhalb die Ausnahme der ruhenden Erbschaft?

2) System 2, 289.

3) Z. B. der Usus an einem Walde. In allen übrigen Fällen freilich ist der Usus und noch mehr die habitatio u. operae für eine Corporation gewiß unpractisch, daher er auch in den Quellen mit Stillschweigen übergangen wird.

4) Münchner kr. Ueberschau 6, 162. Anm.

5) Jahrb. f. Dogm. 4, 134. N. 41.

auf, daß die herd. jac. nur als „Personenvermögen" erhalten werde, oder wie sich Unger ausdrückt, daß sie die Tendenz habe, dem künftigen Erben Alles zuzumitteln[1]). Aber, entgegnen wir, sind die hereditate jacente gezognen Früchte nicht fähig dem Erben übermittelt zu werden? Endlich Scheurl[2]), der Anhänger der „fingirten" Persönlichkeit, meint, die Erwerbfähigkeit der Erbschaft habe „natürlich" da eine Schranke, wo das factum personae beginnt; allein, entgegnen wir, ist die Schranke nicht auch bei Corporationen „natürlich", vorausgesetzt, daß wir es hier bloß mit einer „juristischen" Person zu thun haben?

Es ist aber hier noch ein andrer Rechtssatz hervorzuheben, der die enge Verbindung zwischen dem Ususfruct und den einzelnen Municipes beweist. In l. 56. de usufr. 7, 1. untersucht Ulpian die Giltigkeit eines einer Gemeinde zustehenden Nießbrauchs; dagegen führt er an, daß er das Eigenthum ganz inhaltlos mache: periculum enim esse videbatur ne perpetuus fieret, quia neque morte *neque facile capitis deminutione* periturus est. Die Municipes (meint Ulpian) sterben nie aus, es treten neue an Stelle der verstorbnen, der Usufrukt geht deshalb hier durch Tod des Berechtigten nie unter; eine Capitisdeminutio können zwar alle Municipes erleiden, aber es geschieht nur selten (non facile z. B. wenn einer Gemeinde die civitas Romana entzogen wird, so daß sie nur als peregrinische Gemeinde fortbesteht), und es entsteht die Gefahr, daß der Usufrukt ewig daure. Was wir aus dieser Lex für unsre Anschauung Wichtiges erfahren, ist einmal daß ein rechtliches Ereigniß den Usufructus der Corporation aufhebt, welches bei einem blos fingirten Rechtssubject unmöglich ist (denn die Capitisdeminutio setzt eine natürliche Person voraus)[3]); sodann aber daß ein Ereigniß den Usufructus aufhebt, welches die Corporationsmitglieder betroffen hat —, was

1) l. 73. §. 1. de v. o. 45, 1.

2) Beitr. 1, 24.

3) Eine Gemeinde kann nur die Strafe des aratrum pati erleiden; l. 21. qu. m. usufr. 7, 4: si usufructus civitati legetur et aratrum in ea inducatur, civitas esse desinit, ut passa est Carthago, ideoque quasi morte desinit habere usumfructum.

unmöglich wäre, wenn die Corporation etwas Fingirtes d. h. etwas von den Mitgliedern Verschiednes wäre.

Hiemit hängt die Dauer des Ususfructus von Corporationen eng zusammen; sie beträgt hundert Jahr „quia is finis vitae longaevi hominis est"; die Analogie des einzelnen natürlichen Menschen würde nicht passen, wenn wir es mit einem fingirten Wesen zu thun hätten.

2) Daß Municipien nicht zu Erben eingesetzt werden dürfen, motivirt Ulpian (fr. 22. §. 5) damit:

quoniam incertum corpus est, ut neque cernere universi neque pro herede gerere possint ut heredes fiant.

Nur darein legt er den Grund, daß die Erbeinsetzung eine persona incerta beträfe; als natürliche Person läßt er die Gemeinde gelten, nicht aber als gewisse natürliche Person, und das mit Recht, weil die sie bildenden einzelnen Bürger, die dem fortwährenden Wechsel unterworfen sind, dem Testator nur in unbestimmter Vorstellung erscheinen [1]). Daß dies die richtige Auslegung ist, wird von der herrschenden Ansicht anerkannt, und dadurch unterstützt, daß Ulpian die Einsetzung der Stadtgemeinde und der Stadtbürger gleichstellt, indem er seine Erörterung also beginnt:

Nec *municipia* nec *municipes* heredes institui possunt.

Daß aber die herrschende Ansicht damit ihrer eignen Auffassung der juristischen Person widersprach, hat Savigny gemerkt; er schlägt deshalb eine (wie uns scheinen will) nicht richtige Erklärung der Ulpianischen Motivirung vor; er meint, die juristische Person kenne und denke den Testator in bestimmter Individualität, und sie sei deshalb keine incerta persona [2]); Ulpian bezeichne mit den Worten „quoniam incertum corpus est" nichts andres als daß die natürliche Handlungsfähigkeit der Stadt fehle, weil sie nur eine fingirte oder ideale Existenz habe [3]). Uns scheint diese Auslegung sprachlich

1) Gai. 2, 238: incerta videtur persona quam per incertam opinionem animo suo testator subicit.

2) Daß Böcking Pand. §. 62. N. 1. die juristische Person deshalb zu den incertae personae rechnet, weil sie keine leibliche Individualität hat, halten wir für nicht gerechtfertigt.

3) System Bd. II. S. 301. N. b. S. 307.

unmöglich; incertum corpus bedeutet nicht ein Subject von fingirter Existenz; auch wäre es unerklärlich warum Ulpian schon die Erbeinsetzung (nec municipes nec municipia heredes *institui* possunt) für ungiltig hielt, während doch nach Savigny erst der Erwerb unmöglich ist. Aber Ulpian ist nicht der einzige Jurist, der auf die incertitudo personae die Erbunfähigkeit der Gemeinden stützt; sie kehrt bei Paulus wieder:

> l. 20. de reb. dub. 34, 5: (Paulus) Quum senatus temporibus divi Marci permiserit collegio legare, nulla dubitatio est quod, si corpori cui licet coire legatum sit, debeatur; cui autem non licet si legetur, non valebit, nisi singulis legetur; *hi enim non quasi collegium sed quasi certi homines admittentur ad legatum.*

Was anders kann hier unter dem Gegensatz „non quasi collegium sed quasi certi homines" gemeint sein, als daß das Collegium eine incerta persona sei? Unter Marcus nämlich wurden (nachdem Nerva und Hadrian bereits Städte für legatsfähig erklärt hatte) auch den Collegien das Recht der Erwerbung aus Legaten beigelegt, d. h. es wurde von dem aus der incertitudo personae entstehenden Mangel bei ihnen abgesehen, natürlich aber nur bei erlaubten Collegien; für unerlaubte blieb das alte Hinderniß bestehen; war jedoch den Mitgliedern eines unerlaubten Collegium namentlich legirt worden, so war kein Grund zur Ungiltigkeit vorhanden, eben weil es sich um *certi* homines handelte. — Endlich wird Savigny durch die geschichtliche Entwicklung, welche die Unfähigkeit der Corporationen zu Erwerbungen von Todeswegen genommen hat, widerlegt.

Was zuvörderst die testamentarische hereditas betrifft, so existiren schon aus der republicanischen Zeit Einzelfälle, in welchen eine Corporation zum Erben berufen wurde; die Könige Attalus [1]), Ptolemäus [2]), Nicomedes [3]), Alexander [4]) setzten die Römische Bürgergemeinde mit Erfolg zu Erben ein. Savigny meint, das

1) Liv. l. 58. 59. epit. Plin. hist. nat. l. 33. c. 11. Plut. in Gracchis.
2) Liv. l. 70. epit.
3) Liv. l. 93. epit. Cic. de l. agrar. 2, 15.
4) Cic. de l. agr. 1, 2. 2, 16.

Aerar sei in seinen Erwerbungen mehr administrativ verfahren[1]); allein diese Bemerkung ist für den nicht beweisend, der erwägt mit welcher Aengstlichkeit die Römer an der Beobachtung der juristischen Förmlichkeiten (wenn auch nur dem Scheine nach) festhielten. Ganz anders stellt sich die Sachlage nach unsrer Anschauung. Das Erforderniß der certa persona ist ein dem Civilrecht angehöriges; daher konnten z. B. Fideicommisse ursprünglich auch an incertae personae hinterlassen werden[2]); eben daher konnte auch von diesem Erforderniß bei den Erbschaften jener auswärtigen Fürsten abgesehen werden; ebenso unerheblich war der dem Römischen Civilrecht angehörige Satz, wonach der Erbschaftserwerb keine Stellvertretung zuläßt: kurz nichts stand im Wege, daß das Römische Volk die Erbschaft annahm.

Die bonorum possessio ließ Stellvertretung bei dem Erwerbe zu; daß sie trotzdem nicht allgemein den Corporationen zustand, kann Savigny[3]) nur durch den allgemeinen Grund „es hätten die juristischen Personen überhaupt nur die Bestimmung gehabt, in den lebendigen Vermögensverkehr gleich den natürlichen Personen einzugreifen" erklären. Dieser Grund will uns nicht einleuchten, da ja durch testamentarische Zuwendungen so häufig Anlaß zu den gemeinnützigsten Einrichtungen gegeben wird. Wir meinen vielmehr, daß die Stellvertretungsregeln ganz außer Acht gelassen werden müßen, und daß bei der bon. poss. secundum tabulas wiederum auf die incertitudo personae zurückgegangen werden muß. Das änderte sich erst später, als ein Senatusconsult die Städte für fähig erklärte, von ihren Freigelassnen eingesetzt zu werden[4]); seitdem durften sie hereditas und bonorum possessio aus Testamenten der Freigelassnen erwerben; man überwand hier das Bedenken der sonst unzuläßigen Stellvertretung bei dem Erwerb von hereditas wie das der incertitudo personae; in andren Fällen hingegen überwand man das Bedenken der incertitudo pers. nicht, sonst hätte die bon. poss.

1) System 2, 306.
2) Gai. 2, 287.
3) System 2, 303. 299.
4) Ulp. fr. 22, 5. l. 1. §. 1. de lib. univ. 38, 3.

auch bei Testamenten von Nichtfreigelassnen stattfinden dürfen — was doch erst Leo 469 gestattete [1]).

Was die Legate und Fideicommisse betrifft, so bemerkt Savigny [2]): „auch diese konnten lange Zeit nicht an juristische Personen gegeben werden, obgleich hier durchaus kein Hinderniß in der Form der Erwerbung im Wege stand". In der Form allerdings nicht, wohl aber in der incertitudo personae. Das läßt sich durch die spätere Gesetzgebung über die Fideicommisse mit einer gewissen Sicherheit vermuthen. Fideikomisse nämlich durften, wie Gaius 2, 287 erzählt, nach älterem Recht auch an incertae personae hinterlassen werden; unter Hadrian wurde dies durch Senatbeschluß aufgehoben; offenbar in diesem Senatconsult wurde eine Ausnahme zu Gunsten der Städte für das Universal- und Singularfideicommiß [3]) gemacht; Ulpian [4]), der hiervon berichtet, nennt ebenso wie Gaius keinen besondren Namen des Senatconsults; würde ein solcher existirt haben, so hätten sie ihn referirt, nun nennt Paulus in l. 26. ad sct. treb. 36, 1 ein sct. Apronianum als Quelle jenes Rechtssatzes, und man möchte deßhalb glauben, daß das unter Hadrian erlassne und das Apronianische Sesult verschieden von einander seien; man ist wohl aber berechtigt das „Apronianum" in l. 26. ad sct. treb. in „Adriano auctore" umzuwandeln [5]); dann ist erwiesen, daß in demselben Gesetz, welches das Erforderniß der certa persona auf Fideikommisse übertrug, zugleich eine Ausnahme zu Gunsten der

---

1) l. 12. C. de her. inst. 6, 24.

2) System 2, 305.

3) Zu Legaten hatte Nerva die Städte fähig erklärt, Ulp. fr. 24, 28; bei Fideicommissen bedurfte es damals keines Gesetzes. Wenn aber Dirksen Abh. 2, 133 ff. behauptet, daß das Damnationslegat, weil es nur einen indirecten Erwerb von Todeswegen (nämlich durch die Obligation des Erben vermittelt) enthält, niemals den Corporationen verschlossen gewesen sei, so ist ihm Savigny System 2, 306 mit Recht entgegentreten. Die vor Nerva vorkommenden Vermächtnisse der Römer an das Römische Volk (namentlich von Cäsar, August, Tiber) sind nicht weil sie Damnationslegate waren, sondern weil sie Fideicommisse waren, giltig gewesen.

4) Ulp. fr. 22. §. 5. 24. §. 28.

5) Schulting in der Note 13. zu Ulp. fr. 22. §. 5. und Bach hist. j. R. l. 3. sec. 3. §. 41. not. * setzen das Apronianum in die Zeit Hadrians.

Städte gemacht wurde, mit andern Worten: nur die incertitudo personae, nicht ihre angebliche fingirte Persönlichkeit, war das Motiv, daß Corporationen erb- und legatsunfähig waren. — Auch Justinian hat in seiner Constitution [1]) über die Erbfähigkeit von incertae personae jedenfalls über Corporationen gehandelt; so wenig wir auch genauer von ihrem Inhalt wissen, so ist doch der Grundgedanke des Gesetzes aus den spätern Aufzeichnungen mit Sicherheit zu entnehmen.

3) Allgemein ist die Ansicht, daß eine juristische Person aller Familienrechte unfähig sei. Von der Corporation können wir dies nicht zugeben. Zwar kann sie nicht zeugen noch eine Ehe eingehen [2]), die Fähigkeit hiezu ist aber überhaupt nicht der natürlichen Persönlichkeit schlechthin eigen, denn es giebt einzelne natürliche Persönlichkeiten, welche zeitig (impuberes) oder für immer (castrati) unfähig sind. Und ferner kann sie keine väterliche Gewalt haben, weder durch Geburt noch durch Adoption [3]); allein erstres folgt aus der Unfähigkeit zur Ehe, letztres hinwiederum aus der Regel daß adoptio imitatur naturam. Alle andern Familienrechte, dominica potestas, Patronatrecht, Vormundschaft sind der Corporation nicht verschlossen.

Das Patronatrecht freilich kam erst in der Kaiserzeit auf. Die alten civilrechtlichen Freilassungsformen konnten von den Corporationen entweder gar nicht, oder doch nur durch Stellvertreter beobachtet werden; daher brachte die Manumission von Corporationssclaven immmer nur eine factische Freiheit [4]), niemals also Patronatrecht zu Wege. Erst eine lex Vectibulici unter Trajan gestattete den Italischen Städten, ein Sesult unter Hadrian den Provincialstädten, eine Verordnung Marc Aurels den Collegien die Freilassung und den Erwerb des Patronats [5]). Der Inhalt

1) Restituirt findet sie sich in tit. C. de inc. pers. 6, 48.

2) Die Ehe der Republik Venedig mit dem Adriatischen Meer ist nur ein Phantasiestück.

3) Die Bezeichnungen pater patriae, Landesvater, ältester Sohn der Kirche, enfant de France u. s. w. sind nur bildlich zu nehmen.

4) Auf solche factisch Freie ist die Stelle bei Varro de ling. lat. l. 8. c. 41. zu beziehen.

5) l. 3. C. de serv. reip. 7, 9. l. 1. 2. de man. quae serv. 40. 3.

des Patronats wurde aber nicht etwa bloß auf die Vermögensrechte, namentlich das Erbrecht[1]) beschränkt, in seiner ganzen Fülle wurde es den Corporationen zugeschrieben, wie wir aus der Bestimmung ersehen, daß die Corporation ohne Genehmigung des Prätor nicht von Freigelassenen in jus vocirt werden darf[2]); gerade diese Bestimmung, die der Jurist überdies mit den Worten „libertus reipublicae *honorem* habere debet" motivirt, läßt nicht daran zweifeln, daß der Freigelassene der Corporation ein Gefühl der Dankbarkeit bewahren muß; Dankbarkeit aber vermögen wir uns — abgesehen zwischen Gott und den Menschen — nur zwischen natürlichen Personen zu denken.

Was sodann die Vormundschaft betrifft, so ist hinwiederum die testamentarische aus demselben Grund wie das testamentarische Erbrecht der Regel nach den Corporationen verschlossen, es galt nämlich der Grundsatz, daß der Vormund eine certa persona sein müsse[3]); derselbe erlitt niemals eine Ausnahme, Justinian bestätigte ihn sogar in seiner Constitution de incertis personis[4]). Da aber der Grundsatz dem jus civile angehörte, so blieb er bei den nach jus gentium anfallenden Vormundschaften außer Anwendung, und in der That hat das Römische Volk über König Ptolemäus V. von Egypten, zufolge Testaments seines Vaters Ptolemäus IV. die Vormundschaft geführt[5]) Die tutela legitima hatte

---

1) l. 2. de man. quae s. 40, 3. l. un. de lib. univ. 38, 3.

2) l. 10. §. 4. de in jus voc. 2, 4.

3) Gai. 2, 240. l. 20. pr. de test. tut. 26, 2. §. 27. J. de leg.

4) §. 27. J. cit.

5) Hierüber berichten Valerius Maximus l. 6. c. 6. n. 1: Cum Ptolemaeus rex tutorem populum Romanum filio reliquisset, senatus M. Aemilium Lepidum Pont. Max. bis consulem ad pueri tutelam gerendam Alexandriam misit; ferner Justinus l. 30: Morte regis legatos Alexandrini ad Romanos misere orantes, ut tutelam pupilli susciperent tuerentque regnum Aegypti . . . Mittitur et M. Lepidus in Aegyptum qui tutorio nomine regnum pupilli administret. Endlich Tacitus ann. 2, 67: Thraecia in Rhoemetalcem filium quem paternis consiliis adversatum constabat inque liberos Cotyis dividitur, iisque nondum adultis Trebellienus Rufus praetura functus datur qui regnum interim tractaret, exemplo quo majores M. Lepidum Ptolemaei liberis tutorem in Aegyptum miserant. Aus der letzten Stelle

das Schicksal des Patronatrechts und der Intestaterbschaft; sie kann, da die incerta persona keine Agnaten hat, nur über unmündige Freigelassene gedacht werden; wie nun die Freilassung erst unter den Kaisern rechtlich zulässig war, so ist auch erst von da ab eine tutela legitima möglich; zwar gedenken ihrer die Quellen nicht; allein dies hat gewiß darin seinen Grund, daß die Freilassung unmündiger Sclaven überhaupt selten geschah; erwägt man, daß Tutel und Erbrecht correspondiren, ja daß sogar nach dem Satz „quo tutela redit, eo et hereditas pervenit“ [1]) die Vormundschaft geradezu eine Voraussetzung der Erbschaft ist, so ist die Behauptung es sei die Corporation der Vormund ihrer unmündigen Freigelassnen gewesen, gewiß begründet. Wir behaupten damit nicht, daß die incerta persona auch die Vormundschaft geführt habe, dies vielmehr lag ihren Vorstehern ob; aber auch dies steht nicht ohne Seitenstücke da: wenn einem Pupillen die gesetzliche Tutel anfällt, so ist er ipso jure sofort Tutor [2]), nur wird er nicht sofort zur Verwaltung zugelassen, sondern bis zu seiner Pubertät, nach Justinianischem Recht bis zu seiner Majorennität, ein Interimsvormund bestellt [3]). Beide Fälle unterscheiden sich nur dadurch, daß die incerta persona der Corporation ewig zur Verwaltung unfähig ist, während der Pupill mit seiner Pubertät (seit Justinian mit der Majorennität) fähig wird; sowie darin, daß für die incerta persona der Corporation deren Vorsteher die Vormundschaft führen, während für den Pupillen ein Interimsvormund bestellt werden muß. —

(von Tacitus) erhellt, daß die Römer sich wohl bewußt waren, daß bei Ptolemäus V. eine wahre Vormundschaft stattfand, während Trebell Rufus nur ein Verwalter Thräciens war. Auch existirt noch eine Münze mit dem Bilde des M. Lepidus, wie er dem Ptolemäus V. das Diadem aufsetzt, mit der Umschrift: M. Lepidus pont. max. *tutor reg.* s. c. Vgl. Ekhel doctr. numm. 5, 123 sqq. Mommsen Gesch. d. Röm. Münzwesens S. 633 f.

1) l. 73. pr. de r. j. 50, 17.

2) l. 9. §. 1. de tut. et rat. distr. 27, 3. Rudorff Verm. 1, 198 f. A. M. Zimmern Gesch. des R. Pr. 1, 899. N. 5. Schilling Bem. u. R. R. S. 52 f.

3) l. 9. §. 1. cit. l. 10. §. 7. de excus. 27, 1. l. 5. C. de leg. tut. 5, 30. §. 13. J. de exc. 1, 25. Rudorff Verm. 1, 399. 2, 20.

4) Hospitium und Clientel. Das Hospitium ist entweder publicum oder privatum, entweder mit einer Gemeinde oder mit Einzelnen geschlossen und auch die Clientel ist nicht auf Einzelne beschränkt, auch Gemeinden nehmen daran Antheil. Nun ruhen aber beide Verhältnisse auf der Grundlage der Pietät. Klage und Klagunterstützung ist deshalb unter Gastfreunden wie zwischen Patron und Client untersagt; denn Prozeß ist nach altrömischer Anschauung Krieg, und widerspricht einem durch Pietät zusammengehaltenen Bande; deshalb ist die Gewährung einer ehrenden Aufmerksamkeit (Zutritt zu den Opfern, Ehrensitz zu den Festspielen) dem Hospitium wesentlich; der Rechtsschutz, welchen Gast und Client genießen, ist erst eine secundäre Folge, oder (wenn dies zu viel behauptet erscheint, weil gerade um des Rechtsschutzes halber jene Verbindungen eingegangen zu werden pflegten) man gründete den Rechtsschutz auf die Basis eines Pietätsverhältnisses[1]). Solche Institute, welche eine menschlich fühlende Brust voraussetzen, welche so sehr im Gemüthe ruhen, daß sie überhaupt nur in den ältesten Entwickelungsperioden der Völker ein juristisches Kleid annehmen, sind unverträglich mit der Ansicht, daß die Corporation etwas Fingirtes sei; es ist schon das außergewöhnlich daß sie Statt finden, trotzdem die Corporation persona incerta ist, d. h. aus unbestimmten Individuen besteht, während jene Institute der Regel nach auf bestimmte Persönlichkeiten berechnet sind. Noch weiter aber zu gehen, und zu behaupten daß sie auf rein fingirte Wesen anwendbar sind, scheint uns unmöglich: die Stiftung halten wir deshalb des Hospitium und der Clientel für unfähig[2]).

An den sub 1—4 dargestellten Rechtsverhältnissen, an der Fähigkeit zu Personalservituten, zu Erbschaften, zu Familienrechten und zum Hospitium, welche sämmtlich einen natürlichen Menschen voraussetzen und kein fingirtes Rechtssubjekt vertragen, erkennt man

---

1) Man stellte deshalb die Gastverträge in Rom im Heiligthum der fides Rom. pop. auf; Mommsen in der N. 2. citirten Abhandlung S. 339.

2) Ueber das Ganze s. Mommsen in Sybels histor. Ztschr. 1, 332—379, namentl. S. 346. 359; vgl. die übrige bei Voigt jus nat. Bd. 2. S. 59. N. 34. citirte Literatur.

das Wesen der Corporation und ihren Gegensatz zu der Stiftung. Ususfructus, Patronat, patronatisches Erbrecht, Vormundschaft und Hospitium vermögen wir uns noch jetzt nicht bei Stiftungen zu denken, auch wird nichts davon in den Quellen erwähnt; Erwerbe aus letztwilligen Verfügungen aber können Stiftungen erst seit der Kaiserzeit und zufolge besondren gesetzlichen Privilegs machen[1]), während doch schon unter der Republik eine Corporation, das Römische Volk, auswärtige Fürsten testamentarisch beerbte.

Was die Corporation von dem einzelnen Menschen durchgreifend unterrscheidet, ist daß sie keine Handlungsfähigkeit besitzt[2]); die Erkenntniß dieses Umstandes war es, welcher die Praktiker dazu trieb, allen universitas personarum die jura minorum, namentlich die in integrum restitutio zu gewähren[3]). Daher kommt es daß die Corporation einer Verfassung und Vertretung bedarf. Daher ferner kann sie kein Delict begehen, auch nicht durch ihre Vertreter, weil bei Delicten keine Vertretung möglich ist[4]); und wenn die Geschichte der Römer wie der Deutschen mehrere Beispiele dafür darbietet, daß über ganze Gemeinden Strafgericht gehalten worden ist, so war dies kein wahrer Act der Strafgerichtsbarkeit, sondern eine politische Handlung; wenn aber gar Deutsche Reichsgesetze, und zum Theil auch Vorschriften der Päbste[5]) die Bestrafung von Corporationen als Rechtssatz aufstellen, so ist dies gewiß nicht mit Weiske[6]) daraus zu erklären, daß die Deutsche Corporation eine

---

1) Die Details s. bei Dirksen Abhandl. 2, 13 ff. Savigny System 2, 302 ff.

2) Dies bestreitet Beseler Deutsch. Pr. 1, 366 f.; deshalb hält er die Corporation verbrechensfähig; beides u. E. mit Unrecht.

3) Glück Comm. Bd. 6. §. 465. Göschen Civilr. §. 188. Puchta Pand. §. 103. Note u. Gesetzlich ist es nur ausgesprochen für Gemeinden, Kirchen und milde Stiftungen; l. 4. C. ex qu. c. maj. 2, 54. l. 3. C. de jur. reip. 11, 29. c. 1—3. 6. X. de in int. rest. 1, 41. c. 11. X. de reb. ecc. 3, 13. Mit Unrecht fängt man in unsrer Zeit an die Praxis zurückzudrängen (Burchardi Wiedereinsetzung S. 259 ff. Savigny System 7, 160 f. Windscheid Pand. §. 117. N. 9. Arndts Pand. §. 119); sie beruht auf sachlichen Gründen.

4) Die Details s. bei Savigny System 2, 310 ff. Heffter Strafrecht (5. Aufl.) §. 46. Anm. 1. Vangerow Pand. §. 55.

5) Die Details s. bei Savigny System 2, 322, Weiske pract. Erört. 3, 143.

6) A. a. O. S. 141 f.

andere Natur als die Römische hat; vielmehr liegt darin nur ein Irrthum des Gesetzgebers. — Daher endlich heißt es in den Quellen von den Corporationsmitgliedern mehrmals: consentire non possunt[1]). — Doch ist auch die Handlungsunfähigkeit der Corporationen nicht allzuhoch anzuschlagen, es giebt auch certae personae welche zeitweis (infantes, furiosi) der Handlungsfähigkeit entbehren, ja Menschen welche sie nie besitzen (Cretins). — —

Mit Absicht haben wir die allgemeinen Aussprüche der Römischen Juristen bis hierher zurückgestellt, nachdem an den einzelnen Rechtsinstituten, so zu sagen an den Details, die natürliche Persönlichkeit derselben erwiesen ist, kann es nicht schwierig sein, sich mit allgemeineren Redeweisen der Quellen auseinanderzusetzen. In dieser Beziehung sind folgende Fragmente zu notiren:

l. 22. de fidej. 46, 1: Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicut municipium, decuria, societas.

l. 16. de verb. sign. 50, 16: Eum qui vectigal populi Romani conductum habet publicanum appellamus; nam publica appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit; civitates enim privatorum loco habentur.

l. 25. ad mun. 50, 1: Magistratus municipales cum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem sustinent.

Man betont das personae vice hominis *vicem*, das privatorum *loco*, und schließt daraus, daß die prätorischen Erben welche unzweifelhaft als heredes fingirt werden gleichfalls heredum loco, vice gelten[2]), auf die fingirte Persönlichkeit der Corporation resp. des Collegium[3]). Allein eine nähere Betrachtung führt zu dem gegentheiligen Resultat. Zuvörderst ist l. 22. cit. von keiner Erheblichkeit, hier wird nicht bloß hereditas, municipium, decuria sondern auch societas[4]) als per-

1) l. 1. §. 22. l. 2. de poss. 41, 2. l. 1. §. 1. de lib. un. 38, 3; vgl. Ulp. fr. 22. §. 5.

2) l. 2. de bon. poss. 37, 1. l. 117. de r. j. 50, 17. Ulp. fr. 28, 12.

3) Savigny System 2, 241. Arndts in der krit. Vierteljahrschr. 1, 96. 97. Unger in Münchner kr. Ueberschau 6, 158.

4) Der Jurist spricht von societas schlechthin, nicht etwa von der societas

sonae vice aufgeführt; nun darf man doch einem Römischen Juristen nicht den Satz imputiren, auch die societas sei eine fingirte Person; dieser Satz gehört vielmehr, wie wir oben S. 9 bemerkten, erst dem 18. Jahrhundert an; also muß personae vice hier eine andre Bedeutung haben; welche? das ist bei der Verschiedenheit zwischen hereditas, municipium, societas kaum zu sagen. — Die Worte in l. 16. cit.: civitates privatorum loco habentur hat man bisher unrichtig verstanden, weil man sie aus dem Zusammenhange gerissen hat; Gaius meint: „das Wort publicus hat durch Gewohnheit lediglich eine Beziehung zu dem Römischen Volk bekommen; die Gemeinden, welche außer der Römischen Bürgergemeinde existiren, haben zwar strenggenommen auch den Anspruch, das Wort publicus auf sich zu beziehen; allein wir rechnen sie zu den Privaten". Eine Anomalie ist also allerdings bei Gemeinden (außer der Römischen) vorhanden; diese besteht aber nicht in der Fiction einer Persönlichkeit, sondern darin, daß sie als Privatpersonen gelten, während sie doch *publicae* sind; publica nannte deshalb auch der Sprachgebrauch der Laien die Güter jeder Gemeinde[1]); publicae personae werden die Colonien von dem Commentator des Frontinus genannt[2]), allein der Jurist wollte von diesem Sprachgebrauch nichts wissen. — Endlich in l. 25. cit. ist die Erklärung des unius hominis vice leicht zu geben; der Hauptton ist auf unius hominis[3]) zu legen; mehrere Magistrate sind mehrere Menschen, aber weil sie Ein Amt bekleiden, so sind sie so gut wie Ein Mensch; in Wahrheit nämlich sind sie eine aus mehreren Menschen bestehende persona incerta. — Umgekehrt aber können wir uns auf mehrere Stellen berufen, in denen die Persönlichkeit der Corporation ohne alle Zuthat von Fiction beigelegt wird; bei Frontinus und seinem Commentator[4]) heißt die Colonie schlechthin persona und persona publica; die Hauptstelle aber ist l. 30. pr. de usurp. von Pomponius:

---

publicanorum, argentifodinarum u. s. w., welche letztre allerdings Corporationen sind.

1) l. 15. de verb. sign. 50, 16.

2) Lachmann Röm. Feldmesser 1, 16.

3) Wohl zu unterscheiden von „unius personae".

4) Lachmann a. a. O. 1, 16, 54.

tria genera sunt corporum; unum quod continetur uno spiritu et graece *ἡνωμένον* vocatur, ut homo tignum lapis et similia; alterum quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus, constat; quod *συνημμένον* vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta sed uni nomini subjecta, veluti populus legio grex . . .[1]).

Wenn es ſonſt möglich iſt, das Wort corpus in dem Sinne von Perſönlichkeit[2]) zu überſetzen: in dieſem Pomponianiſchen Fragment iſt dies offenbar unzuläſſig; hier bedeutet es nichts als „Körperlichkeit", ſo daß es ſowohl auf Menſchen als auf Sachen von Pomponius angewendet werden konnte[3]), und dieſe Körperlichkeit ſchreibt Pomponius nicht blos dem homo ſondern dem populus und der legio zu; wir können dieſen Beiſpielen unbedenklich jede andere Corporation gleichſetzen[4]). Neben den populus und die legio ſetzt Pomponius den grex; nun läßt ſich vom grex mit Sicherheit nachweiſen, daß er an ſich, und unterſchieden von den einzelnen Stücken, Gegenſtand von Rechtsverhältniſſen iſt, ſowie ferner daß er dies ohne alle Fiction iſt: der Rückſchluß auf die Corporation läßt ſich nicht von der Hand weiſen.

Doch damit ſind wir auf eine Materie gekommen, deren ausführlichere Erörterung wir dem §. 2. zuweiſen wollen.

---

1) Die Eintheilung findet ſich auch bei Plutarch und Seneca, iſt alſo im Alterthum allgemein anerkannt geweſen. Plutarch praec. conjug. c. 34: *τῶν σωμάτων οἱ φιλόσοφοι τὰ μὲν ἐκ διεστώτων λέγουσιν εἶναι, καθάπερ στόλον καὶ στρατόπεδον· τὰ δὲ ἐκ συναπτομένων, ὡς οἰκίαν καὶ ναῦν· τὰ δὲ ἡνωμένα καὶ συμφυῆ, καθάπερ ἐστὶ τῶν ζώων ἕκαστον.* Seneca epist. 102. Quaedam continua corpora ut hominum; quaedam composita ut domus, omnia denique quarum diversae partes junctura in unum sunt coacta; quaedam ex distantibus quorum adhuc membra separata sunt, tamquam exercitus, populus, senatus. Illi enim per quos ista corpora efficiuntur jure aut officio cohaerent, natura deducti et singuli sunt. Vgl. ferner Schulting-Smallenburg notae ad l. 76. de jur. 5, 1. (t. 2. p. 45 sq.).

2) S. z. B. l. 1. pr. quod cuj. univ. 3, 4.

3) Dies überſieht Windſcheid Pand. §. 137. N. 2. a. E.

4) Auch l. 9. §. 1. quod m. c. 4, 2. macht nur einen Unterſchied zwiſchen singularis persona und populus vel curia vel collegium vel corpus; d. h. die Corporation iſt persona aber keine singularis persona.

§. 2. Die universitas rerum (facti).

Drei Theorien sind im Großen und Ganzen über die universitas rerum facti aufgestellt worden: die eine, u. E. die allein richtige, werden wir unten noch weiter zu begründen suchen; die beiden andren, u. E. unrichtigen, basiren auf derselben unrichtigen Grundidee, welche die Corporation durch eine Fiction oder durch den Begriff des Zweckvermögens zu erklären glaubt. Gerade wegen dieses innigen Zusammenhanges zwischen universitas personarum und universitas rerum facti, und in der Hoffnung daß unsre Theorie von jener in unsrer Theorie von dieser eine wesentliche Unterstützung finden werde, erachten wir es für angemessen, einen Gegenstand welcher streng genommen dem Stoffe der Abhandlung fern liegt zu erörtern.

Die erste Theorie (von Warnkönig und Girtanner [1]) aufgestellt) sieht in der univers. rer. fact. eine wahre körperliche Sache, welche wie jede res singularis aller Rechtsverhältnisse fähig ist.

Die zweite Theorie [2]) bestreitet die Körperlichkeit der univers. rer. fact. und ihre Fähigkeit zu Rechtsverhältnissen; sie müßte, um den Quellen gerecht zu werden, zu einer Fiction wie bei der Corporation greifen; statt dessen lehnt sie die Fiction ab, und behauptet daß auch die Quellen die un. r. f. durchaus nicht als Sache gelten lassen, daß sie sie vielmehr nur in Einer Beziehung (bei der rei vindicatio) aus Nützlichkeitsgründen als Sache behandeln, — eine Behauptung, die hoffentlich unten widerlegt werden wird.

Die dritte Theorie [3]) erklärt mehr oder minder bestimmt „es giebt juristische Sachen wie es juristische Personen giebt". Die

1) Warnkönig im Arch. f. civ. Pr. Bd. 11. N. 9. namentlich S. 179. Girtanner in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 3. N. 2. Mit den sonstigen Ausführungen des Girtanners über die Natur des Eigenthums sind wir keineswegs einverstanden.

2) Wächter Erörterungen I. S. 17. Fritz Erläuterungen I. S. 174. Brinz Pand. S. 176 f. Unger Oesterr. Privatr. I. S. 477 f. Pagenstecher Eigenthum 1, 40. 3, 72 f. (der sich übrigens selbst als Anhänger der dritten Theorie bezeichnet).

3) Mühlenbruch Pand. §. 223. Puchta Inst. §. 222. Pand. u. Vorl. §. 35. Arndts Pand. §. 49. Vangerow Pand. §. 71. Windscheid Pand. §. 137. Sintenis Civilr. 1, 436 f. Scheurl Institt. §. 43.

Fiction ist hier angenommen, und hat zu der Folgerung geführt, daß bloß „in einigen Beziehungen" die universitas als einheitliche Sache gilt. Weshalb nur die Beschränkung auf „einige Beziehungen" gelten soll: in dieser Hinsicht vermißt man die Begründung, namentlich wenn man erwägt, daß doch die juristische Person in allen Beziehungen als einheitliche Person gilt [1]). An Windscheid aber, gleichfalls Anhänger dieser Theorie, möchten wir eine besondre Frage richten. Daß nämlich juristische Personen als Personen gedacht werden, erklärte Windscheid nicht bloß aus Utilitätsrücksichten sondern (in offenbar tieferer Auffassung) aus dem „natürlichen Gefühl, beruhend auf dem tiefen Zuge zur Persönlichkeit, welcher durch die Menschennatur hindurchgeht" [2]); dieser Grund paßt offenbar nicht auf „juristische Sachen"; woher nun doch der Begriff der „juristischen Sachen"? —

Aber noch ein andrer Irrthum wird von den Anhängern der beiden hier verworfnen Ansichten gemacht, ein Irrthum, welcher den Umfang der univ. r. f. betrifft. Dieselbe theilt man bekanntlich in un. rerum cohaerentium und distantium. Nun leugnen die Gegner durchaus nicht, daß die un. rer. cohaerentium eine körperliche Existenz habe, und beurtheilen sie deshalb ganz nach den Regeln der einfachen Sache. Grund hiefür ist für die Gegner, daß die einzelnen Sachen bei der un. r. cohaer. körperlich zusammenhängen, bei der un. r. distant. hingegen bloß begrifflich zusammengefaßt werden.

Uns scheint der körperliche Zusammenhang so sehr undefinirbar und deshalb so wenig brauchbar zu sein, daß wir von vornherein vermuthen müssen, er sei nicht quellengemäß. Was hängt körperlich zusammen? Die Thür im Hause ist bloß eingehängt, die Schieblade in der Commode bloß eingeschoben, bei einem unbrochirten Buche liegen die Bogen lose auseinander; hingegen die einzelnen Mauersteine werden durch Mörtel zusammengehalten, die Seiten- und Bodenwände einer Commode sind durch Nägel und Lack an einander gefestigt, bei einem gebundenen Buche sind die Blätter außer durch

1) Dies wirft auch Unger §. 57. N. 55. den Anhängern dieser Theorie vor.
2) Pand. §. 49. Münchner krit. Ueberschau 6, 219.

Faden auch noch durch Lack zusammengehalten. Will man etwa die Thür anders als die Mauersteine, die Schiebladen anders als die Seiten- und Bodenwände, die unbrochirten Blätter anders als die gebundnen juristisch behandeln? Das ist unsres Wissens noch von Niemandem behauptet worden, und doch wäre dies die Consequenz.

Man hätte vielmehr unterscheiden sollen: kann ein Ding sofort mit den Händen ergriffen und vor den Prätor geschleppt werden, oder kann es dies nicht? Dann hätte man sich in Uebereinstimmung mit den Quellen gefunden; denn diese verweigern im ersten Falle die rei vindicatio und verlangen die vorhergehende Anstellung der act. ad exhibendum, im zweiten Falle lassen sie die rei vindicatio sofort zu. In allen übrigen rechtlichen Beziehungen hingegen stellen sie die un. r. cohaer. und distantium gleich: es giebt ein dominium gregis und daneben ein dominium singulorum capitum, und ebenso ein dominium aedificii, und daneben ein dominium materiae, und wie dominium, so auch — wenn sonst nichts entgegensteht — Usus-fructus, Pfandrecht, Besitz. Um der act. ad exhibendum willen, eines rein processualischen Instituts, lohnte es sich wahrlich nicht, die univ. rer. cohaer. der un. r. distant. entgegenzusetzen, und sie ganz wie die res singularis juristisch zu behandeln. Weil man dies that, so mußte man consequenter Weise zu einem andren Irrthum gelangen. Man leugnete nämlich, daß die Theile einer un. r. cohaer. in dem Eigenthum eines Andren stehen könnten als in dem des Eigenthümers am Ganzen, und da die Quellen das Gegentheil aussprechen, so mußte man zu der Behauptung greifen: das Eigenthum an der einzelnen Sache gehe verloren sobald sie in das Ganze eingefügt, es falle wieder zurück sobald die Trennung geschehen. Diejenigen aber welche diesen Schluß nicht zogen sind auf halbem Wege stehen geblieben.

Doch damit haben wir der Darstellung des Einzelnen schon vorgegriffen. Grund für die Vorausschickung war, daß wir auf die Schwierigkeit der Polemik hinweisen und die besondre Nachsicht der Leser erbitten wollten: wir haben nicht bloß ein falsches Princip zu bekämpfen (so bei der un. r. dist.), sondern zugleich die unrichtige Anwendung eines richtigen Princips nachzuweisen (so bei der univ. r. cohaer.).

Unsre Darstellung wollen wir in umgekehrter Ordnung wie bei der un. personarum einrichten; es sollen zunächst die Quellen geprüft werden und sodann die allgemeine Begründung folgen. Die Lage der Quellen gestattet ein solches Verfahren; sie fließen weit reichlicher als bei der Corporation, und bieten eine gute Grundlage der allgemeinen Betrachtung.

1) Um mit den allgemeinen Aussprüchen der Quellen zu beginnen, die wir aber, weil hinsichtlich der un. r. cohaer. kein Dissens herrscht, auf die un. r. distantium beschränken, so ist bereits oben am Ende des §. 1. die l. 30. pr. de usurp. angeführt worden, wonach der grex zu dem tertium genus corporum gehört; auch ist dort bereits gezeigt worden, daß corpus hier unbedingt mit „Körperlichkeit" wiedergegeben werden muß. Hiezu tritt §. 18. J. de leg. 2, 20:

> Grege legato etiam eas oves quae post testamentum factum gregi adjiciuntur legato cedere Julianus ait; (est enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus).

Hier wird nicht allein die Heerde als ein einheitlicher Körper bezeichnet, sondern zum Ueberfluß die Parallele mit dem Hause gezogen, zugleich der Unterschied der mangelnden und vorhandnen Cohärenz hervorgehoben (ex distantibus capitibus — ex cohaerentibus lapidibus), aber doch — durch Stillschweigen — für unwesentlich erklärt. Noch ein andrer Umstand scheint uns die Bedeutsamkeit der Stelle zu erhöhen. Um nämlich den Satz, daß auch die nach errichtetem Legat der Heerde hinzugefügten Stücke mit unter das Legat fallen, zu begründen, bedurfte es keineswegs der Bezugnahme auf die einheitliche Körperlichkeit der Heerde; die bloße Willensinterpretation hätte dazu gleichfalls geführt; auch rührt, wie man aus der directen Rede „est enim" (nicht „esse enim") ersieht die Bezugnahme nicht von Julian her; wenn nun Justinian dennoch hierauf recurrirt, so verfolgte er einen besondren Zweck: vielleicht folgenden. Er hatte nirgend in den Institutionen Gelegenheit gehabt oder doch genommen, von der Natur der un. rer. dist. zu handeln; hier ergriff er sie, und führte — gewiß aus einem alten Juristen — ein in wenig Worte gefaßtes Princip an, das zugleich durch Ver-

gleichung mit der un. r. cohaer. noch mehr Klarheit empfing. Dann enthält die Institutionenstelle nicht bloß eine gelegentliche Aeußerung, sie ist vielmehr die sedes materiae.

2) Wenden wir uns nun zu den einzelnen Rechtsverhältnissen, so ist für oder gegen die zweite Ansicht der Umstand entscheidend, ob an der un. r. dingliche Rechtsverhältnisse stattfinden, oder nicht; bei allen andren Rechtsverhältnissen (Obligationen, Vermächtniß) könnte der Wille der Contrahenten oder des Testator für ihren Inhalt ebenso entscheidend angesehen werden als die Natur der universitas[1]); finden dagegen an dieser dingliche Rechte statt, so ist die oben aufgeführte zweite Theorie widerlegt. Ferner wird darauf zu sehen sein ob, wenn die universitas dingliche Rechtsverhältnisse zuläßt, die Quellen sich dabei auf eine Fiction stützen; ist dies nicht der Fall, so ist die dritte Theorie widerlegt. Endlich aber ist die Art und Weise, wie sich die universitas rerum zu den einzelnen Stücken verhält zu prüfen: ob die einzelnen Stücke in ihr aufgehen oder ein selbständiges rechtliches Dasein führen. In dieser Beziehung mag Folgendes bemerkt werden.

Die univ. rerum (gleichviel ob distantium oder cohaerentium, denn der körperliche Zusammenhang ist für uns gleichgiltig) erklärten wir für ein Seitenstück der univ. personarum: jene gehört dem Sachenrecht, diese dem Personenrecht an. Das Rechtsverhältniß der Corporation ist nun aber dieses: die einzelnen Rechte stehen der Gesammtheit dazu, doch ist die Persönlichkeit des einzelnen Corporationsmitgliedes erweitert, jeder hat an jenen Rechten nicht direkt, aber doch (vermöge Erweiterung seiner Persönlichkeit indirect Theil, und sei dies auch nur dadurch, daß er in den Corporationsversammlungen zu votiren, den Vorstand zu wählen hat u. s. w., ja wir behaupten: die Gesammtheit ist nichts als die Summe dessen um was die einzelnen Persönlichkeiten erweitert sind; selbstverständlich ist die eigne Persönlichkeit des Corporationsmitgliedes wie vor dem Eintritt in die Corporation vorhanden: jeder hat eigne private und öffentliche Rechte, nur ist er wieder hier insofern beschränkt, als er den Beschlüssen der Corporation, die möglicherweise in seinen Rechts-

1) Aber bloß mit einigem, nicht mit vollem Recht; s. unten No. 5.

kreis (z. B. durch Ausschreibung von Steuern) eingreifen, sich fügen muß. Ziehen wir jetzt die Parallele zur universitas rerum. Der Mensch ist das Rechtssubject, die Sache das Rechtsobject. Wie bei der un. pers. das Eigenthum der Corporation gehört, so muß es bei der un. r. an der universitas zustehen; dadurch ist — wenn der Ausdruck gestattet ist — die Sachlichkeit des einzelnen Stückes der univ. erweitert[1]); es steht nicht direct im Eigenthum des Eigenthümers der univ.[2]), aber es gehört doch indirect dazu, und dies muß sich z. B. darin äußern, daß der Eigenthümer mit der Vindication der univ. auch die Herausgabe der fremden Stücke erzwingen darf, während er es allein nicht vindiciren kann; die Summe dessen, um welches die Sachlichkeit der einzelnen Stücke erweitert ist, bildet die un. rer. Auf der andren Seite ist die eigne Sachlichkeit des einzelnen Stückes wie vor dem Eintritt in die universitas vorhanden, es finden also daran selbständige Rechtsverhältnisse statt (dominium arietis, materiae im Gegensatz zum dom. gregis, aedificii), nur ist diese Sachlichkeit insofern beschränkt, als der Eigenthümer der universitas vermöge seines Rechts im Ganzen in die Rechtssphäre des Eigenthümers am Stück eingreift, z. B. indem er auf seine vindicatio universitatis auch das fremde Stück restituirt erhält.

Ist nun Alles so geordnet wie hier a priori entwickelt: dann ist die Parallele zwischen univ. pers. und rer. auch von den Quellen anerkannt und unsre Theorie (die erste) erwiesen.

2) Von den einzelnen Rechtsverhältnissen betrachten wir zuerst das Eigenthum, und hier wiederum das a. dominium univ. rer. dist. als deren Musterfall die Quellen den grex behandeln. Bekannt ist hier

---

1) Dies ist namentlich angedeutet in l. 59. de r. v 6, 1: quae alienis aedificiis connexa essent, ea quamdiu juncta manerent, *eorundem aedificiorum esse;* simul atque inde demta essent continuo *in pristinam causam* reverti. Es bedeutet dies nicht etwa, das verbaute Material gehört dem Grundeigenthümer; das wird unten Nr. 2b. widerlegt werden; die pristina causa bedeutet vielmehr das bloße Eigenthum am Material, das eorundem aedificiorum esse bedeutet die Erweiterung der Sachlichkeit dadurch, daß die Sache jetzt zur univ. aedificii gehört.

2) Völlig verkannt von Warnkönig im Arch. f. civ. Pr. 11, 192.

l. 1. §. 3. de rei vind. 6, 1. (Ulp. l. 16. ad ed.): Per hanc autem actionem non solum singulae res vindicabuntur sed posse etiam gregem vindicari Pomponius scribit. Idem de armento et de equitio ceterisque quae gregatim habentur dicendum est. Sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse licet singula capita nostra non sint; grex enim non singula capita vindicabuntur.

l. 3. pr. eod. (Ulp. l. 16. ad ed.): Marcellus scribit: qui gregem habebat capitum trecentorum, amissis centum redemit totidem capita aliena ab eo qui dominium eorum habebat vel aliena ab eo qui bona fide ea possidebat; et haec utique gregis, inquit, vindicatione continebuntur. Sed etsi ea sola supersint capita quae redemta sunt, adhuc eum posse gregem vindicare.

Die Anhänger der zweiten Theorie finden in diesen Fragmenten nur ausgesprochen, daß die Vindication einer Heerde aus Utilitätsgründen und um des Beweises halber gestattet sei; es liege darin „nichts als eine Häufung der Vindicationsklagen auf alle einzelnen das Collectivganze ausmachenden Sachen". Der Einwand würde Beachtung verdienen, wenn er auf irgend welche Weise sich mit Ulpian's Worten vereinigen ließe; dieser nämlich spricht nicht bloß von vindicatio [1]) sondern auch von dominium gregis und er läßt, gestützt auf dieses dominium, die Heerde selbst in dem Falle vindiciren, wo alle einzelnen Stücke dem Heerdeneigenthümer nicht gehören: sed enim gregem ipsum sufficiet nostrum esse licet singula capita nostra non sint, grex enim, non singula capita vindicabuntur; zum Ueberfluß führt er ein Beispiel aus Marcellus an, nach welchem hundert Schaafe vindicirt werden, die einzeln betrachtet nur in der bonaefideipossessio des Vindicanten stehen. — Aber die Gegner führen ein praktisches Motiv für ihre Ansicht an; sie meinen, es erhalte der Vindicant auf seine Klage nicht die dem Verklagten

1) Selbst die vindic. gregis würde uns genügen; die Römer haben kein System von Rechten sondern von Klagen; daher das immense Gewicht, welches sie auf die Klagen legen; daher wird für obligatio oft genug actio gesagt, weil jene sich bloß in dieser äußert; daher wird die obl. naturalis häufig als nulla bezeichnet.

gehörigen Stücke: Beweis daß sein Heerdeneigenthum nur eine Phrase sei. Hätten sie ihr Thema völlig zweifellos machen wollen, so hätten sie beweisen müssen, daß jedes dem Kläger nicht gehörige Stück, selbst wenn es dem Verklagten nicht gehörte, nicht herausgegeben zu werden brauche. Daß sie dies nicht bewiesen — und bei dem Beispiel in l. 3. pr. cit. läßt es sich unmöglich beweisen —, ist ein Fingerzeig dafür, daß jenes eben bezeichnete Recht des Verklagten auf einen Rechtsgrund zurückzuführen ist, der sich mit dem dom. gregis wohl verträgt. Diesen zu erkennen, bietet uns die vorausgeschickte Parallele der un. r. und pers. die geeignete Grundlage: neben dem dom. gregis besteht ein dom. arietis; beide kommen wenn der dominus arietis die Heerde besitzt in Collision; es ist wahrlich nicht auffallend, daß diesem dominus arietis die exc. doli gegen den Vindicanten der Heerde gegeben wird; hat er doch auch gegen Jeden das Recht seinen Widder zu vindiciren [1]).

Wir müssen sogar weitergehen und unsern Gegnern zwei Fälle an die Hand geben, welche sie selbst nicht behauptet haben, Fälle in welchen der Verklagte selbst solche dem Kläger nicht gehörige Stücke zurückhält, welche ihm (dem Verklagten) nicht gehören; der erste geht aus l. 3. pr. de r. v. 6, 1 hervor; alle einzelnen Stücke welche der Vindikant mala fide hatte, braucht der Verklagte nicht herauszugeben. Den zweiten, ungleich wichtigeren, beschreibt:

> l. 2. de r. v. 6, 1. (Paul. l. 21. ad ed.): Sed si par numerus duorum interfuerit, neuter solidum gregem sed ne partem dimidiam totius ejus vindicabit. Sed si majorem numerum alter habeat, ut detracto alieno nihilominus gregem vindicaturus sit, in restitutionem non veniunt aliena capita.

Wächter nimmt hieraus ein Argument gegen das dom. gregis: wie kann (meint er), wenn das Ganze das Objekt des Eigenthums ist, zugleich eine Rücksicht auf einzelne Stücke vorwalten, und nur der Eigenthümer der größren Stückanzahl zum Heerdeneigenthümer erklärt werden? Wächter hätte Recht wenn wirklich in l. 2. das Heerdeneigenthum das Eigenthum der größren Stückanzahl zur

1) l. 23. §. 5. de r. v. 6, 1.

Voraussetzung hätte; und wenn ihn Girtanner[1]) auf die ferruminatio verweist, bei welcher allerdings das Eigenthum an der major pars entscheidet, so ist offenbar die ferruminatio ein gar zu wenig analoges Verhältniß; auch erwirbt man ja bei der ferruminatio das hinzugekommene Stück so, daß es nie mehr vom bisherigen Eigenthümer vindicirt werden kann[2]). Passender wäre offenbar die Vermischung fremder Geldstücke mit eignen. Aber die Quellen behandeln nicht diesen Fall unter solchen Voraussetzungen wie sie in l. 2. gemacht sind[3]). — Welches ist der Fall welchen Paulus behandelt? Girtanner[4]) meint, daß Jemand aus seinen eignen Stücken und denen eines Andren eine Heerde gebildet, die nunmehr von ihm selbst oder dem Andern besessen werde; betrügen die Stücke gleichviel, so könne keiner vindiciren; betrüge die Anzahl des Einen mehr, so könne dieser die Heerde vindiciren, aber er erhalte nur seine eigenen Stücke.

Diese Auffassung scheint uns den Worten von l. 2. nicht zu entsprechen, und durch innre Gründe nicht zu rechtfertigen.

Sie entspricht nicht den Worten der Lex; denn es heißt neuter solidum gregem sed ne partem dimidiam totius ejus vindicabit; wenn Beide aus Rechtsgründen nicht vindiciren dürfen, so müssen doch Beide jedenfalls factisch der Vindication bedürfen; dies ist nur der Fall wenn keiner von Beiden besitzt. Und es heißt ferner: in restitutionem non veniunt *aliena* capita; durfte der Jurist von Jemanden, der gewisse Stücke einer Heerde weil sie ihm selbst gehören retinirt, schreiben: er restituire nicht *aliena* capita? Sind nicht vielmehr unter aliena alle fremden Stücke begriffen, sie mögen dem Verklagten gehören oder nicht?

Sie ist durch innre Gründe nicht zu rechtfertigen. Denn wie kommt derjenige, der vorher bloß Stücke hatte, die der Andre mit den seinigen hierauf zu einer Heerde verband, zu dominium und

1) Jahrb. f. Dogm. 3, 115.

2) l. 23. §. 5. de r. v. 6, 1. l. 41. §. 1. de dom. acq. 41, 1.

3) Die l. 78. de sol. 46, 3. handelt von einem andren Fall; sie setzt voraus, daß der Empfänger in bona fide ist und die Geldstücke so vermischt sind, daß sie nicht mehr wiedererkannt werden können.

4) A. a. O. S. 131.

vindicatio gregis? Soll die fremde Handlung ihm Eigenthum an einer Heerde verschaffen, während er bisher blos Eigenthum an Stücken hatte?

Unsrer Meinung ist der Fall folgender: A und B hatten Jeder eine Heerde; diese kamen in den Besitz des C welcher sie vereinigte; es frägt sich, welche Rechte nunmehr A und B gegen C haben? Recurriren wir auf das Prinzip von l. 23. §. 4. de r. v. 6, 1. welches (wie wir später nachweisen werden) für eine andre Art von univ. rerum aufgestellt ist; es lautet mea res per praevalentiam alienam rem trahit[1]). Danach entscheidet sich der oben angenommene Rechtsfall. Sind beide Heerden an Stückzahl gleich, so geht keine Eigenthumsveränderung vor sich; A wie B muß seinen grex, nicht etwa die Hälfte des neu entstandnen vindiciren; ist die Stückzahl des A größer, so tritt seiner Heerde propter praevalentiam die des B hinzu, er hat also die vindicatio solidi gregis, aber in diesem solidus grex ist doch ein andrer grex mitenthalten; diesen zurückzuhalten ist der Verklagte auf alle Fälle befugt; er hat ihn ja hinzugethan: soll er ihn nicht auch wieder trennen dürfen? Diese Interpretation vermeidet alle oben gegen Girtanner erhobnen Einwendungen: die Worte „neuter solidum gregem sed ne dimidiam partem totius ejus vindicabit" und „in restitutionem non veniunt aliena capita" finden nunmehr ihre Erklärung, und es wird begreiflich wieso es überhaupt zu dominium und vindicatio gregis gekommen ist. Gefragt könnte jedoch werden, warum nicht der Besitzer der beiden vereinigten Heerden das dom. gregis erwerbe, zumal ja dieses vom Eigenthum an den einzelnen Stücken ganz unabhängig ist? Die Antwort hierauf ist leicht zu geben. Niemand schafft — abgesehen von der Specification — aus fremden Sachen eine eigene neue; nur derjenige darf demnach aus einzelnen Schafen eine Heerde bilden, welcher das Eigenthum der letztren hat; ist freilich das dom. gregis geschaffen, dann bleibt es unverändert, trotz der Veränderung der einzelnen Stücke, trotzdem die Heerde mit

1) Das folgende „mea*mque* efficit" lassen wir vorläufig bei Seite; wir kommen unter c. darauf zurück, bemerken jedoch schon hier, daß gelesen werden muß „mea*mve* efficit".

fremden Stücken untermischt wird, ja nur aus fremden Stücken besteht: ea natura gregis est ut adjectionibus corporum maneat[1]).

Nunmehr ist Wächter widerlegt. Nicht das spricht l. 2. aus, daß das dom. gregis an das Eigenthum der größren Stückanzahl geknüpft ist — das würde eine Antinomie gegen l. 3. pr. eod. sein — sondern vielmehr daß, wenn zwei Heerden, also zwei universitates, sich zu einer einzigen universitas vereinigen, diejenige als die prävalirende gilt, welche mehr Stücke zählt. Auf der andren Seite ist gezeigt, daß der verklagte Heerdenbesitzer aus zwei ganz verschiedenen Gründen dem Kläger nicht gehörige Stücke retiniren darf: einmal solche die ihm (dem Verklagten) selbst gehören, sodann solche welche er zur Heerde hinzugethan hat, gleichviel ob sie ihm gehören oder nicht[2]). Beide Fälle einigen sich in dem Prinzip, daß es neben dem dominium gregis noch ein dominium singulorum capitum giebt; darin zeigt sich das was wir oben Erweiterung der Sachlichkeit der einzelnen Stücke einer univ. rer. nannten; sie stehen nach wie vor dem Eintritt in die univ. rer. in einem von dieser letztren unabhängigen Eigenthum (das zeigt sich in dem Retentionsrecht), zugleich gehören sie aber doch zur universitas und werden in dieser vindicirt; mag auch dann vielleicht Retentionsrecht Platz greifen: dieses Retentionsrecht ist ebensohäufig (z. B. wenn der Verklagte weder Eigenthümer einzelner Stücke ist noch sie in der grex selbst eingeführt hat) ausgeschlossen, und wo es stattfindet, läßt es die intentio formulae „gregem actoris esse" unangefochten bestehen.

Wir könnten hiermit unsre Erklärung über den Fall a (dom. gregis) beschließen; erwiesen ist das dominium gregis selbst, erwiesen daß es ohne Zuhilfnahme einer Fiction von den Römischen Juristen gelehrt wird (— nichts davon ist uns begegnet —), erwiesen endlich das Nebeneinanderstehen und Ineinandergreifen von dom. gregis und dom. capitum (die Erweiterung der Sachlichkeit). Noch aber

1) l. 30. §. 2. de usurp. 41, 3. Die practische Anwendung enthält. l. 3. pr. de r. v. 6, 1.

2) In der Fassung des zweiten Zurückbehaltungsfalles sind wir über den Fall der l. 2. cit. hinausgegangen; allein es kann doch sicherlich keinen Unterschied machen, ob Jemand einen grex oder bloß einzelne Stücke zu einem andren grex hinzuthut.

muß einer Stelle gedacht werden, welche unsrer Auffassung stracks zuwiderzulaufen scheint. In l. 21. §. 1. de exc. r. jud. 44, 2 heißt es:

> Si petiero gregem et vel aucto vel minuto numero gregis iterum eundem gregem petam, obstabit mihi exceptio. Sed et si speciale corpus ex grege petam, si adfuit (al. tunc fuerit) in eo grege, puto obstaturam exceptionem.

Zwar der erste Theil der Stelle spricht für uns und gegen die Anhänger der im Anfang des §. mitgetheilten zweiten Theorie; denn wie dürfte, wenn die vindicatio gregis bloß eine Häufung einer Menge Vindicationen auf je ein Stück wäre, bei Vermehrung der Heerde von einer exc. r. judic. hinsichtlich der hinzugetretnen Stücke die Rede sein? Allein ebensosehr scheint der zweite Theil der Lex die zweite Theorie zu bestätigen. Warnkönig[1]) schloß daraus, daß das Eigenthum an der Heerde das der Stücke in sich schließe, vorausgesetzt daß diese nicht einem Dritten gehören. Daß dann die ganze Lehre der un. rer. der consequenten Durchbildung ermangelt, liegt auf der Hand[2]); doch nahm Warnkönig daran keinen Anstoß. Indeß fordert schon die Erwägung, daß der erste Theil der Stelle die un. r. völlig in unsrem Sinne auffaßt, sowie ferner, daß die unten sub b. zu erklärende l. 7. §. 2. de exc. r. j. 44, 2 für die un. aedificii ganz in unsrem Sinne Entscheidung trifft, zur Aufsuchung einer Erklärung auf, welche mit unsren Grundprincipien im Einklang steht. Diese ist denn auch bereits von Girtanner aufgestellt, ja er läßt uns die Wahl zwischen zweien[3]). Wir können nämlich in l. 21. cit. voraussetzen, daß der Verklagte nicht freigesprochen sondern vielmehr verurtheilt worden und die Litisaestimatio bezahlt hat; dann ist unbedingt auch wenn später ein einzelnes mitästimirtes Stück eingeklagt wird eadem res vorhanden. Oder wir können annehmen, daß der Vindicant der Heerde, ohne das Urtheil abzuwarten, ein einzelnes Stück einklagt; dann ist zwar die dem Kläger entgegenstehende Einrede nicht die exc. rei

1) Arch. f. civ. Pr. 11, 192 f.
2) Girtanner a. a. O. S. 134 hat Warnkönig unrichtig aufgefaßt.
3) A. a. O. S. 136 f.

jud. sondern rei in jud. deductae; allein der Vergleich mit dem §. 3. derselben Lex macht es sogar wahrscheinlich, daß auch im zweiten Theil von §. 1. die letztere Einrede gemeint ist.

b) Domin. univ. aedificii. Es ist bereits oben bemerkt welche Stellung die Anhänger der zweiten und dritten Theorie in Bezug hierauf einnehmen. Wegen des körperlichen Zusammenhanges, einerseits zwischen der area und der superficies, andrerseits zwischen den Baumaterialien beurtheilen sie die un. aedificii ganz wie eine res singularis, sie statuiren also Eigenthum derselben, zugleich aber leugnen sie daß es ein von diesem unterschiednes Eigenthum an den Baumaterialien gebe, d. h. eben sie leugnen ihre Natur als universitas. Doch, um es von vornherein zu bemerken, nicht Alle halten ihr Princip bis zur äußersten Consequenz fest; es nehmen nämlich Viele [1]) einen Ausnahmefall bei der sog. inaedificatio an, so daß es dann zu folgendem Rechtszustand käme: ist das Eigenthum des Bodens und Materials in derselben Hand, so giebt es bloß Ein Eigenthum am aedificium, daneben keines an dem Material; ist hingegen Eigenthum des Bodens in andrer Hand als das des Materials, so giebt es ein Eigenthum am aedificium und daneben eines am Material. Diese modificirte Ansicht steht zur Hälfte ganz auf unsrer Seite; aber weil es eben nur zur Hälfte ist, so müssen wir die Bundesgenossenschaft ablehnen.

Wir haben es demnach mit zwei gegnerischen Ansichten zu thun: nach der einen giebt es niemals ein vom aedificium unterschiednes Eigenthum am Material, nach der andren giebt es dies bloß im Falle der inaedificatio.

Die erste Ansicht ist leicht zu widerlegen, man lese nur die l. 7. §. 10—§. 12. de acq. r. dom. 41, 1, §§. 29. 30. J. de rer. div. 2, 1 und l. 7. §. 2. de exc. rei jud. 44, 2 [2]). Danach erwirbt

---

1) Puchta Vorl. §. 164. (4. Aufl. 1, 353), Arndts Pand. §. 152, Pagenstecher Eig. 2, 148.

2) In l. 7. §. 2. cit. heißt es: etenim cujus insula est, non utique et caementa sunt, ... denique ea quae juncta sunt aedibus alienis separata dominus vindicare potest. Ferner l. 98. §. 8. de sol. 46, 3: denique lex XII. tabularum tiguum aedibus junctum *vindicari* posse scit, sed interim id solvi prohibuit pretiumque ejus dari voluit.

wer auf seinem Grund und Boden mit fremdem Material baut das Eigenthum des Gebäudes, allein das Eigenthum des Materials bleibt unverändert; und umgekehrt wenn Jemand mit seinem Material auf fremdem Grund und Boden baut, so erwirbt der Bodeneigenthümer wiederum das Eigenthum des Gebäudes, das Eigenthum des Materials nur dann, wenn der Bauende in mala fide war „quia voluntate ejus materia alienata intelligitur", nicht aber wenn er in bona fide war. Offenbar fassen die Anhänger der bekämpften Ansicht die Regel: superficies solo cedit zu weit; unter diesen superficies ist aber nur die aus den einzelnen Materialien zusammenhängende universitas zu verstehen, das Eigenthum des Materials ist davon ganz unabhängig[1]). Um ihre Ansicht festzuhalten, behaupten sie daß der Bodeneigenthümer nur für die Zeit, wo das Material verbaut bleibt, das letztre im Eigenthum habe, daß jedoch das letztre sofort an den „früheren" Eigenthümer zurückkehre, sobald die Trennung des Hauses geschehen ist[2]). In der That; eine höchst künstliche Construction des Rechtsverhältnisses, welche gegenüber den oben citirten zweifellosen Aussprüchen der Digesten und Institutionen auch nicht durch die Berufung auf den prior, pristinus dominus in l. 23. §. 7. de r. v. 6, 1 und l. 2. C. de r. v. 3, 32 — zwei ganz beiläufige Bezeichnungen — gestützt wird[3]). Würde das aufgebaute Material Eigenthum des Grundeigenthümers, so würde es auch der eingepflanzte Baum, und doch wird letztrer es erst dann wenn er Wurzeln geschlagen, und zwar nur deshalb „quia credibile est, alio terrae alimento aliam factam"[4]) — ein Motiv welches auf das Baumaterial keine Anwendung leidet.

Schwieriger zu widerlegen ist die zweite Ansicht; wenn das Eigenthum des Bodens und Materials in derselben Hand vereinigt

---

1) Nur dies bedeuten die Worte von Gaius in l. 7. §. 10. D. cit. und §. 29. J. cit.

2) Mühlenbruch Pand. §. 252. No. 3. Windscheid Pand. §. 188. No. 2b.

3) Was namentlich l. 23. §. 6. cit. betrifft, so fügt ja Paulus am Schluß derselben hinzu: nec enim singula caementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat, das heißt doch: der Eigenthümer des Hauses ist nicht Eigenthümer des Materials.

4) l. 26. §. 2. de acq. dom. 41, 1.

ist, so giebt es in der That wenig Beziehungen, in welchen es sich herausstellen kann, daß das Eigenthum des Materials als ein selbstständiges zu existiren aufgehört hat. Dennoch lassen sich solche nachweisen. Man lese zunächst:

l. 30. §. 1. de usurp. 41, 3: Labeo libris epistolarum ait, si is cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent in aedificium eas conjecisset, nihilominus eum usucapturum si aedificium possedisset.

Nehmen wir an daß der Usucapionsbesitzer der Dachsteine und Säulen das aedificium bereits im Eigenthum hatte: so entsteht jetzt der Fall daß Alles ihm gehört mit der alleinigen Ausnahme der Dachsteine und Säulen; also ist doch bewiesen, daß es an einzelnen Stücken des Materials ein unabhängiges Eigenthum geben kann, und der Schluß liegt nahe, daß auch das Eigenthum an dem übrigen Materiale als unabhängig von dem am Hause fortbesteht. Für entscheidend aber halten wir:

l. 7. §. 2. de exc. r. j. 44, 2: Sed in caementis et tignis diversum est; nam is qui insulam petit, si caementa vel tigna vel quid aliud suum petat, in ea conditione est ut videatur aliud petere, etenim cujus insula est, non utique et caementa sunt, denique ea quae juncta sunt aedibus alienis, separata dominus vindicare potest.

Setzen wir den Fall, daß der wahre Eigenthümer des Baues und Materials die vindicatio insulae angestellt hat und im Proceß unterlegen ist, so mußte ihm nach der hier bekämpften Ansicht auch das Recht das Material zu vindiciren abgesprochen werden; da dies ihm aber zusteht, so zeigt sich die Unabhängigkeit des Materialeigenthums vom Hauseigenthum. Der Umstand daß der Jurist als Grund seiner Entscheidung anführt, es sei ja möglich daß der Hauseigenthümer nicht zugleich Materialeigenthümer sei, darf uns nicht entgegengehalten werden; darauf beruft er sich weil es der gewöhnlichste Fall ist; er würde sicherlich ebenso entschieden haben, wenn der Haus- und Materialeigenthümer mit seiner vindicatio insulae vom Richter zu Unrecht abgewiesen worden wäre. — Erwägt man aber endlich, wie sehr die hier bekämpfte Ansicht der Consequenz entbehrt, wie wenig es sich innerlich begründen läßt, daß zwischen

Bauen mit fremdem und eignem Material ein Unterschied der gedachten Art zu machen sei: so wird man sie wohl schlechthin verwerfen.

c) Univ. statuae scyphi, lecti, navis, candelabri, mensae, annuli. Der Begriff der univ. rer. ist keineswegs auf die Fälle a und b beschränkt, er kommt überall vor wo zwei Sachen die nicht etwa bloß generische Qualität haben durch die Hand des Menschen zusammengefügt sind, und zwar in solcher Weise, daß die Verbindung wiederaufgehoben und jede Sache in ihren alten Zustand wiederhergestellt werden kann. Voraussetzungen sind demnach:

α) es müssen die verbundnen Sachen species sein, nicht etwa generische Qualität haben:[1])

> l. 26. §. 1. de acq. dom. 41, 1: Proculus judicat hoc jure nos uti quod Servio et Labeoni placuisset: *in quibus propria qualitas rei spectaretur,* si quid additum erit, toti cedit,

wenn es sich um Genera handelt, entsteht keine universitas sondern bei Untrennbarkeit Condominium (commixtio und confusio), bei Trennbarkeit hat jeder bisherige Eigenthümer nur die in rem actio auf seinen Theil; in beiden Fällen entsteht keine universitas.

β) Es muß eine Verbindung durch menschliche Hand vor sich gehen; wo die Natur verbindet (alluvio, avulsio, ins. in flum. nata alv. derel.) kann man bei trennbarer Verbindung (z. B. wenn das avulsum noch nicht mit dem Grundstück verwachsen ist) die Herausgabe der verbundnen Sache verlangen, bei Untrennbarkeit erwirbt man aber das Eigenthum der verbundnen Sache; in beiden Fällen entsteht keine universitas.

γ) Es muß die Verbindung wieder aufgehoben und jede Sache in ihrem alten Zustande wieder hergestellt werden können. Wo die Aufhebung der Verbindung unmöglich ist (insatio), oder wo trotz der Wiederaufhebung jede Sache nicht in ihren alten Zustand kommt (implantatio[2]), afferruminatio, pictura, scriptura) erwirbt der

1) Als species gelten aber auch Geldstücke, l. 78. de sol. 46, 3; richtiger wäre es hier die Regeln über Genera anzuwenden.

2) l. 26. §. 2. de acq. dom. 41, 1: nam credibile est alio terrae alimento arborem aliam factam.

Eigenthümer der Hauptsache die Nebensache, und es entsteht keine universitas.

Treffen diese drei Bedingungen zu, so entsteht eine universitas, d. h. Eigenthum am Ganzen und daneben bestehendes Eigenthum an den einzelnen verbundnen Sachen. Die Darstellung dieser Materie in unsren Lehrbüchern ist unsres Erachtens, weil man jenen Begriff der universitas nicht anerkennt, mangelhaft. Arndts[1]) beklagt sich darüber, daß die Quellen nicht mit Bestimmtheit ergeben, ob bei trennbarer Verbindung der Eigenthümer der Hauptsache das der Nebensache erwerbe, oder ob der Eigenthümer der Nebensache sein Eigenthum behalte und nur in der Vindication beschränkt sei; aber (fügt er hinzu) „gewiß ist daß der Eigenthümer der Hauptsache in und mit dieser die Nebensache als Bestandtheil der erstren vindiciren dürfe". Ist letzres wirklich gewiß, so ist jene Klage unbegründet; denn eine Vindication ohne Eigenthum ist unmöglich; hinter der actio steht (wie Keller einmal Bachofen gegenüber bemerkt hat) das juristische Princip als ihre Grundlage. Und doch ist die Ansicht, daß der Eigenthümer der Hauptsache das Ganze bloß vindiciren könne (nicht etwa das Eigenthum daran erwerbe) von Puchta, Böcking und Pagenstecher[2]) adoptirt. Anders Mühlenbruch, Windscheid und Brinz; sie geben dem Eigenthümer der Hauptsache das Eigenthum an der Nebensache, aber als widerrufliches d. h. nur so lange als die Verbindung besteht; diese Ansicht trägt das offenbare Gepräge ihres Ursprungs: der Abneigung gegen Annahme einer universitas.

Treten wir nun an die Quellen, so ist darin weder von der bloßen Vindication des Ganzen noch von dem widerruflichen Eigenthum an der Nebensache die Rede.

l. 26. §. 1. de acq. dom. 41, 1: Proculus judicat hoc jure nos uti quod Servio et Labeoni placuisset: in quibus propria rei qualitas spectaretur, si quid additum erit, toti

1) Pand. §. 152. Anm.

2) Puchta Vorl. 1, 352. (4. Aufl.). Böcking Pand. 2, 153. (No. II.). Pagenstecher Eigenthum 2, 139. 150.

3) Mühlenbruch Pand. §. 253. Windscheid Pand. §. 189. Brinz Pand. S. 179. Vangerow läßt sich über unsre Frage nicht aus.

cedit, ut statuae pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum, navi tabula, aedificio caementum, tota enim ejus sunt cujus ante fuerant.

l. 23. §. 2. de r. v. 6, 1: Si quis suae rei alienam rem ita adjecerit ut pars ejus fieret, veluti si quis statuae suae brachium aut pedem alienum adjecerit, aut scypho ansam vel fundum vel candelabro sigillum aut mensae pedem, dominum ejus totius rei effici vereque statuam suam dicturum et scyphum plerique recte putant [1]).

Es heißt: tota ejus sunt cujus ante fuerant und dominum ejus totius rei effici vereque statuam suam dicturum et scyphum. Darin ist nicht von Vindicationsrecht sondern vom Eigenthum die Rede (— dies gegen Puchta, Böcking, Pagenstecher —), und darin ist ferner bloß vom Eigenthum am Ganzen und nicht von widerruflichem Eigenthum an der Nebensache die Rede (— dies gegen Mühlenbruch, Windscheid und Brinz —).

Aber (wendet Windscheid [2]) ein) in l. 23. §. 4. de r. v. 6, 1 wird die verbundne Sache geradezu als Eigenthum des Eigenthümers der Hauptsache bezeichnet, und im §. 7. eod. wird der Eigenthümer des Baumaterials (der Nebensache) pristinus dominus genannt. Von §. 7. ist bereits oben S. 40 die Rede gewesen. Uebrig bleibt die Erörterung von §. 4; wir schicken ihn und den unmittelbar vorhergehenden §. 3 voraus:

§. 3. Sed et id quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum fit licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae; sed necesse est ei rei cedi quod sine illa esse non potest. §. 4. In omnibus igitur suprascriptis casibus in quibus mea res per praevalentiam alienam trahit *meamque efficit,* si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium ejus quod accesserit dare.

Windscheid meint die Worte „meam*que* efficit", und wie der Text

---

1) Vgl. ferner l. 27. pr. de acq. dom. 41, 1. l. 61. de r. v. 6, 1. (proprietas *totius navis* carinae causam sequitur).

2) Pand. §. 189. N. 4.

vorliegt, ist er im Rechten. Allein es ist u. E. nicht zu zweifeln, daß „meamve efficit“ gelesen werden muß. Paulus behandelt in §§. 2. 3. zwei verschiedene Fälle: in §. 2. den der trennbaren, in §. 3. den der untrennbaren Verbindung; er deutet dies selbst in §. 4. durch die Worte „in *omnibus* suprascriptis casibus“ an; jede Verbindungsart hat ihre besondre Wirkung; im Falle des §. 2. entsteht eine universitas, das bedeuten die Worte „mea res alienam trahit“, im Falle des §. 3. entsteht eine res singularis, das bedeuten die Worte „meamve efficit“. Liest man „meamque“, so enthalten die Worte „alienam trahit meamque efficit“ eine Tautologie; es würde genügen, daß alienam trahit oder daß meamque efficit gesagt wäre; unsre Interpretation giebt jedem Ausdruck seine besondre Bedeutung. Endlich aber daß aus meamve sehr leicht meamque entstehen konnte, liegt auf der Hand. Hiemit im Einklang bezeichnet §. 5. der l. 23. die verbundne Sache als im bisherigen Eigenthum verbleibend:

> item quaecunque aliis juncta sive adjecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent *dominus* vindicare non potest.

Wie sollte auch die act. ad exhibendum, durch welche die Trennung der verbundnen Sache vermittelt wird, erklärt werden? Mühlenbruch, Windscheid, Brinz werden sich auf die Regel „ad exhibendum omnes agere possunt quorum interest“ berufen, und behaupten das rechtliche Interesse bestehe in der Wiederherstellung des Eigenthums. Allein jene Regel ist cum grano salis zu nehmen, wie das Beispiel der rationes adversarii und der libri sowie der aureae literae beweist[1]) und die Wiederherstellung des Eigenthums ist nicht die Aufgabe der act. ad exh.; dieselbe ist nicht propter *dominium recuperandum*, sondern maxime propter *vindicationes* introducta[2]); sie soll nur die Vindication eines bestehenden Eigenthums ermöglichen; es wäre unmöglich gewesen jene größre Wirkung der act. ad exhib. beizulegen, denn (heißt es bei Gelegenheit des Eigenthumserwerbs durch ferruminatio) „quod semel

1) l. 19. ad exhib. 10, 4. l. 9. §. 1. de acq. dom. 41, 1.
2) l. 1. ad exh. 10, 4.

alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse“ [1]).

2) Wir wenden uns zu den Servituten an universitates; selbstverständlich kann hier nur von Personalservituten die Rede sein, da die einzelnen Stücke jeder universitas beweglich sind, und an diesen Prädialservituten unmöglich sind. Die Quellen beleuchten den ususfr. univ. gregis u. s. w. nicht nach allen Seiten, und es ist nicht auffallend, wenn man erwägt, daß derselbe jedenfalls viel seltner ist als das dominium gregis. Namentlich enthalten sie nichts darüber ob neben dem ususfr. gregis noch ein ususfr. capitis zulässig ist; u. E. muß dies bejaht werden; zwar wird es nicht leicht vorkommen, daß der Heerdeneigenthümer, welcher zugleich Eigenthümer sämmtlicher Stücke ist, erst dem A einen ususfr. universitatis gregis, und sodann dem B einen ususfr. unius capitis bestellt; vielmehr spricht Alles dafür, daß jener Heerdeneigenthümer dem A nicht bloß an der univ. gregis, sondern auch an den einzelnen Stücken den Nießbrauch habe bestellen wollen, und daß also der später bestellte ususfr. unius capitis ungiltig ist. Dennoch lassen sich Fälle für das bezeichnete Nebeneinanderstehen denken [2]). Nehmen wir z. B. jenen Marcellischen Fall in l. 3. pr. de r. v. 6, 1. Gesetzt es hätte der Eigenthümer der 100 angekauften Schafe, bevor er sie verkauft, an einem derselben einen Ususfructus bestellt, und nunmehr bestellte der Käufer der sie zu seiner Heerde geschlagen, einen Ususfructus an seiner Heerde, so würde ususfr. gregis und capitis concurriren. — Woran erkennen wir nun aus den Quellen, daß es auch in Bezug auf den Ususfruct universitates rerum giebt? Uns scheint aus folgenden drei Beziehungen:

a) Der usufructuarius un. gregis muß an Stelle der abgestorbnen oder schlecht gewordnen Stücke andre aus den gebornen substituiren, der Usufructuar an einzelnen Stücken braucht es nicht; der Jurist giebt ausdrücklich als Motiv an, daß es sich um eine universitas handle:

---

1) l. 23. §. 5. de r. v. 6, 1.

2) Dies nimmt auch Puchta Vorl. 1, 78. No. 6. (4. Aufl.) an, sowie Warnkönig im Arch. f. civ. Pr. 11, 196 f.

l. 70. §. 3. de usufr. 7, 1: Sed quod dicitur debere eum summittere, toties verum est quoties gregis vel armenti vel equitii, *id est universitatis* ususfructus legatus est, *ceterum si singulorum capitum, nihil supplebit.*

Unger[1]) meint diese Bestimmung auf den Willen des Bestellers zurückzuführen zu dürfen; der Besteller „will daß die Heerde als solche gleichsam als Grundstock und Capital fortbestehe und in gehörigem Stand erhalten werde". Nun ist doch aber der Wille des Bestellers für den Usufructuar erst dann bindend, wenn er sich ihm unterworfen hat; weiter aber sehen wir uns zu fragen gedrängt, warum der Besteller jenen Willen habe? So leicht die Antwort hierauf scheint, so muß sie doch ausgesprochen werden, um die Unrichtigkeit der Ungerschen Deduction zu zeigen. Also: der Besteller will es, weil er die Natur der un. greg. in Rücksicht zieht, weil er sie für etwas Andres ansieht als eine bloße Addition von Stücken, weil die un. greg. etwas Andres ist als singula capita. Wir müssen einen Schritt weitergehen: diese Natur der un. greg. ist vorhanden, mag der Besteller sie als Grundstock ansehen oder nicht; mithin muß man Ungers Ausspruch umändern: „das Recht will es (auf den Willen des Bestellers kommt nichts an) u. s. w."; damit ist Ungers Interpretationstheorie widerlegt. Zur weiteren Erklärung diene Folgendes.

Eine jede Production geschieht mit Aufopferung von zwei Faktoren: von Arbeit und Capital; soll deshalb eine fortdauernde Production möglich sein, so muß im Product der Werth der Arbeit und des Capitals zurückerstattet werden. Hierauf beruht die Pflicht des Fructuars die fruchttragende Sache in Stand zu halten; es soll dadurch die Fortdauer des Capitals für den Eigenthümer ermöglicht werden. Allein diese Pflicht hat ihre Grenze: ultra posse nemo obligatur; die Grenze der Unmöglichkeit beginnt da wo die Reparatur nur auf organische Weise vor sich gehen konnte, denn organisch arbeitet nur die lebende Natur. Man möchte meinen, daß wenn ein einzelnes Thier im Usus fruct steht, die Natur jener Reparaturbedürftigkeit abhilft; das Thier wirft — wenigstens wenn es weiblich

1) Oesterr. Pr. §. 57. No. 35.

ist — Junge und diese können an die Stelle des abgestorbnen usufructuarischen Thieres treten; allein es würde dadurch das alte Rechtsobject nicht reparirt, sondern ersetzt werden, und dies liegt — abgesehen vom Quasiususfruct — außerhalb der Pflicht des Nießbrauchers. Anders ist es bei der Heerde: ea natura ejus est ut adjectionibus corporum maneat[1]). Einstellung neuer Stücke für verkommne ändert hier nicht das Rechtsobject, die Heerde ist gleichsam eine incerta res, ein Seitenstück zu der incerta persona der Corporation. — Doch nur soweit als die Natur organisch reparirt, muß eingestellt werden, d. h. nur ex agnatis[2]); neue anzukaufen ist der Fructuar nicht verpflichtet; wollte man ihm diese Pflicht auferlegen, so würde man den Grundsatz verletzen, daß der verlorne Werth des Capitals nur aus dem Product erstattet werden darf. Ist unsere Deduction richtig, so hat die univ. gregis eine Körperlichkeit, denn organisch reparirt kann nur ein Körper werden.

b) Die Gesammtsache als solche (schreibt Unger[3])) wird nicht gebraucht, benutzt, trägt als solche keine Früchte. Auch diesem Satz müssen wir widersprechen; man lese nur

> l. 68. §. 2. l. 69. de usufr. 7, 1: Plane si gregis vel armenti sit ususfructus legatus, debebit ex agnatis gregem supplere, id est in locum capitum defunctorum vel inutilium alia summittere, ut post substituta fiant propria fructuarii. *Et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque ex natura fructus desinunt ejus esse . . .*

Die abgestorbnen und unbrauchbaren Stücke gehören dem Fructuar als Früchte (ex natura fructus[4])); das sind freilich eigenthümliche Früchte, Früchte wie sie bei einer res singularis nicht vorkommen, denn es sind Stücke vom Leibe der Heerde; doch sind es Früchte, denn sie kehren periodisch wieder, es kann auf sie mit Sicherheit gerechnet werden, und ihr Erwerb ist abhängig von der Heerde (Savigny System 6, 101 f.). Je eigenthümlicher diese Früchte sind,

1) l. 30. §. 2. de usurp. 41, 3.

2) l. 68. §. 2. l. 69. de usufr. 7, 1.

3) Oesterr. Pr. 1, 485.

4) D. h. „nach dem Recht der Früchte", und nicht etwa, als Ersatz für die eingestellten Stücke welche Fruchtnatur hatten.

um so mehr erweisen sie nur, daß der Leib von welchem sie stammen ein eigengearteter ist, der mit Nothwendigkeit zur Unterscheidung von ususfr. rei sing. und un. r. hindrängt; aber daß es ein Leib, ein Körper ist: das scheint uns zweifellos; etwas Fingirtes trägt keine Früchte, und daß etwa jene unbrauchbaren Schafe als Früchte fingirt wurden, ist in l. 69. cit. mit keinem Worte angedeutet.

Was wir hier unter a. b. von der un. gregis ausführten, gilt auch ebenso von der un. aedificii[1]), ja auch von den übrigen universitates, nur wird sich hier seltner Gelegenheit zur practischen Anwendung finden.

c) Aus der Natur der universitas sind ferner folgende Fragmente zu erklären[2]):

l. 31. qu. m. ususfr. 7, 4: Quum gregis usufructus legatus est et usque eo numerus pervenit gregis ut grex non intelligatur, perit ususfr.

l. 30. §. 8 eod.: Quadrigae usufructu legato, si unus ex equis decesserit, an exstinguatur usufructus quaeritur; ego puto multum interesse, equorum an quadrigae usufructus sit legatus; nam si equorum, supererit in residuis, si quadrigae, non remanebit quoniam quadriga esse desiit, (l. 11) nisi alius ante diem legati cedentem substitutus sit.

Der Usufructus unterscheidet sich vom Eigenthum dadurch, daß er bei Veränderung des Characters der Sache (rei mutatio) untergeht[3]), während das Eigenthum bleibt. Eine rei mutatio liegt nach den oben angeführten Stellen bei der Heerde darin, daß sie die übliche Stückzahl[4]) nicht hat, bei dem Viergespann darin, daß ein

1) l. 7. §. 2. de usufr. 7, 1.

2) So auch Warnkönig Arch. f. civ. Pr. 11, 196.

3) l. 5. §. 2. qu. m. ususfr. 7, 4. Die oben citirten l. 10. §. 8. l 31. eod. sind nur Beispiele für das in l. 5. aufgestellte Princip. Girtanner (Jahrb. f. Dogm. 3, 148 f.) verkennt diesen Unterschied zwischen Eigenthum und Nießbrauch, und spricht deshalb dem Viergespann die Eigenschaft als un. r. ab, indem er die l. 10. §. 8. cit. aus dem Willen des Testators erklärt.

4) Varro de re rust. l. 2. c. 2. 3. berichtet, daß man auf eine Ziegenheerde fünfzig Stück rechne, die Schafheerde bestehe aus mehr Stücken, allein sie habe kein bestimmtes Maß; die l. 3. de ab. 47, 14. (quidam decem oves gregem esse putaverunt, porcos etiam quinque vel quatuor porcos abactos esse) geht auf das Verbrechen des Abigeats.

Stück abgeht[1]). Daß das Eigenthumslegat anders behandelt wird, daß der welchem dominium gregis hinterlassen ist, wenn die Heerde bis auf Ein Stück reducirt ist, dieses Eine vindiciren darf[2]), liegt in der Natur des Eigenthums, welches trotz veränderten Characters der Sache fortdauert. Für uns aber bietet die Betrachtung das wichtige Resultat, daß eine univ. rerum dist. ihren bestimmten sächlichen Character hat, und daß sie denselben verlieren kann, wonach eine rei mutatio vorliegt. Eine fingirte Sache aber hat keinen sächlichen Character; ebensowenig kann ein sächlicher Character einer (bereits fingirten) Sache anfingirt werden, und noch weniger läßt sich von der Veränderung eines fingirten Characters reden. Es ist diese rei mutatio auf dem sächlichen Gebiet das Seitenstück der municipum capitis deminutio im Personenrecht.

Die Lehre vom ususfr. universitatis rerum halten wir für besonders wichtig; wir würden sie — wie in §. 1. bei Darstellung der Corporation den Nießbrauch der Corporation — an die Spitze gestellt haben, wenn nicht die Quellenaussprüche über das dom. univ. so reichhaltig wären. Worin liegt nun aber die Wichtigkeit des Nießbrauchs an einer un rer.? Sie beruht auf der Natur der Servituten überhaupt[3]). Die Servituten haben die Aufgabe Bedürfnissen[4]), sei es der menschlichen oder der sächlichen Individuen, zu genügen; daher sind sie an ein bestimmtes Individuum geknüpft und unübertragbar, daher verlangen die Quellen daß servitus utilis esse debet, daher die perpetua causa auf Seite des berechtigten und dienenden Subjects[5]). Bedürfnisse aber haben eben nur

---

1) Was vom Viergespann gilt, kann man, gestützt auf l. 29. pr. de verb. obl., auch von den Säuftenträgern behaupten.

2) l. 22. de leg. I. (30).

3) Vgl. hierüber noch unten Abschn. 4. §. 7.

4) Bloß der ususfr. geht über das Bedürfniß des Berechtigten hinaus; er ist ein erweiterter Usus (s. oben S. 10); im Uebrigen ist die Personal- wie die Realservitut auf denselben Grundgedanken basirt; dies leugnet mit Unrecht Stahl Rechtsphilos. Bd. 2. S. 383. N. *.

5) Jedoch ist bei Menschen die causa perpetua stets vorhanden, sie sind eben aller Bedürfnisse fähig, daher reden die Quellen von perpetua causa nur bei Prädialservituten. Merkwürdig ist, daß in vielen Lehrbüchern (z. B. Puchta §. 183. Arndts §. 183. Vangerow §. 340. Anm. 1.) die perp. causa nur

organische Einheiten, und nur von solchen können sie befriedigt werden; fingirten Wesen ist das Bedürfniß fremd, und die Fähigkeit Bedürfnisse zu befriedigen nicht eigen. Hierauf beruht die Bedeutung der Servituten für das Rechtssystem; der Begriff der Fiction ist bei ihnen unmöglich; sie zeigen uns die Menschen und die Dinge von ihrer natürlichen Seite. Diese Auffassung liegt der unsres Erachtens meisterhaften Gestaltung der Servituten im R. R. zu Grunde; sie findet ihren Ausdruck in den Regeln: usus fructus sine persona esse non potest, und usus fructus ex fruendo consistit id est ex facto aliquo ejus qui utitur et fruitur [1]). Diese beide Regeln bedürfen jedoch der Erweiterung; einmal dürfen sie nicht auf den Fall des Usus fr. beschränkt, sondern auch auf die Prädialservitut ausgedehnt werden; sodann aber sind sie vom Rechtssubject auf das Rechtsobject zu übertragen; wir dürfen behaupten »nulla servitus *sine re* [2]) esse potest« und »servitus ex *patientia* consistit id est ex *patientia rei* qua quis utitur«. Ist dies richtig, so ist durch den *us. univ. rer.* mehr als durch das *domin. un. rer.* erwiesen, daß die letztere eine wahre Körperlichkeit hat. Das Eigenthum ergreift die Sache in ihrer Totalität, nicht bloß nach ihrer natürlichen Seite; der Eigenthümer hat deshalb das Veräußerungsrecht; der Servitutberechtigte ist durchaus auf die Benutzung des Körpers der Sache beschränkt; nur soweit dieser Körper im Stande ist in organischer Weise sich äußern (serv. in patiendo) resp. organische Aeußerungen zurückzuhalten (serv. in non faciendo), ist eine Servitut möglich.

3) Wir gehen zum Pfandrecht über. Deckt sich das Pfandrecht auch nicht, wie Viele behaupten, mit der act. hypothecaria, so ist doch kein Zweifel, daß es sich an dieser herangebildet hat, und daß wo diese Klage auch das Pfandrecht stattfindet. Damit ist von selbst ausgesprochen, daß es ein Pfandrecht an der un. rer. in der-

für das dienende Grundstück verlangt wird; mit Recht hat Windscheid Pand. §. 209. Anm. 7. die entgegengesetzte Ansicht.

1) l. 26. de stip. serv. 45, 3. l. 1. pr. qu. dies usus fr. 7, 3. Daher geht die Servitut durch nonusus (non facere) unter; beim Eigenthum welches nicht ex facto consistit, ist diese Untergangsart unmöglich.

2) Der Quasiususfructus an Forderungen ist ebensowenig Ususfructus als das Pfandrecht an Forderungen Pfandrecht ist.

selben Ausdehnung und mit denselben Wirkungen giebt wie das Eigenthum an un. r., denn die act. hypothecaria ist eine rei vindicatio utilis; überall wo der dominus un. rer. die reivindicatio anstellen darf (d. h. das Eigenthum hat), hat derjenige dem er die Sache verpfändet dieselbe Klage utiliter; und wie mit der rei vindicatio auf die un. r. eine specialis in rem actio auf die einzelnen Stücke concurrirt (d. h. wie es neben dem Eigenthum an der un. r. ein Eigenthum an den einzelnen Stücken giebt), so kann neben dem Pfandrecht an der un. rer. ein andres an einzelnen Stücken vorkommen. — Eine andre Frage ist es, ob alle Arten des Pfandrecht, genauer gesprochen ob nicht bloß Hypothek, sondern auch Faustpfand möglich ist; diese Frage müssen wir zu No. 4. zurückstellen, wo der Besitz an der un. rer. untersucht werden soll. — Die Quellen enthalten über das Pfandrecht an un. r. nur ein einziges Fragment; und auch dieses gewährt keineswegs sichre Aufschlüsse:

l. 13. pr. de pign. 20, 1: Grege pignori obligato quae postea nascuntur tenentur, sed etsi prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur.

Zwei Fragen müssen aufgeworfen werden. Erstens: weshalb sind die nach der Verpfändung gebornen Stücke dem Pfandrecht unterworfen? Zweitens: bleiben die durch den Heerdeneigenthümer veräußerten Stücke (die Lex spricht bloß von der Verminderung der Heerde durch Sterben) dem Pfandrecht unterworfen?

Zur Beantwortung der ersten Frage ist es durchaus nicht nöthig, auf den Begriff der un. r. zu recurriren; die Bezugnahme auf den Willen der Contrahenten erklärt genugsam warum die später gebornen Stücke dem Pfandgläubiger haften; es wird dies später aus l. 34. pr. de pign. 20, 1 hervorgehen.

Die zweite Frage wird heut fast allgemein bejahend entschieden; bloß Thibaut und Warnkönig [1]) verneinen sie, letztrer ausgehend vom Begriff der un. r., erstrer von dem Willen der Contrahenten. Hat die herrschende Meinung Recht, so ist selbstverständlich kein Pfandrecht an der un. r. vorhanden; aber auch wenn man der ent-

1) Thibaut Pand. §. 638. Note k, Warnkönig im Arch. f. civ. Pr. 11, 197 f.

gegengesetzten Ansicht zustimmt, so ist man nicht genöthigt, die un. r. zur Grundlage der Argumentation zu machen; es beweist dies l. 34. pr. de pign. 20, 1: Cum tabernam debitor creditori dederit, quaesitum est utrnm eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces quae in ea erant obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit et alios comparavit, eosque in eam tabernam intulerit et decesserit: an omnia quae ibi deprehenduntur creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? Respondit: ea quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sint, pignori obligata esse videntur.

Die taberna ist zunächst eine Räumlichkeit, der Ort wo die Waaren lagern; in dieser Bedeutung genommen wäre die Verpfändung derselben nichtig (daher quaesitum est utrum eo facto nihil egerit [1]); man kann aber auch taberna auf die Waaren selbst beziehen, die Waaren bilden keineswegs, wie Viele annehmen eine un. r., sie sind vom Kaufmann angeschafft, nicht ut gregatim habeantur (l. 1. §. 3. de r. v. 6, 1), sondern um einzeln verkauft zu werden; das aber schließt den Begriff einer un. r. aus. Nun erklärt Scävola, daß der Tabernenpfandgläubiger sich an die Sachen halten dürfe (und bloß an diese), welche zur Zeit der Anstellung der Pfandklage [2]) zur Taberna gehören. Gewiß geht er bei Aufstellung dieses Grundsatzes von dem Willen der Parteien und dem Wesen der Taberna aus, d. h. von der Nothwendigkeit die vorhandenen Waaren zu verkaufen und durch neu angekaufte zu ersetzen. Warum sollte die gleiche Deduction nicht auch auf den grex u. s. w. passen? Die ordnungsmäßig [3]) veräußerten Stücke einer

1) Das verkennt Girtanner Jahrb. f. Dogm. 3, 147.

2) In der Ler steht zwar „mortis tempore debitoris“; offenbar ist aber hier auf die Handlungen des Schuldners geschlossen worden und hierauf bis zur Anstellung der Pfandklage keine Aenderung vorgegangen.

3) Wer bedenkt, daß alle unsre Gutsbesitzer ihre Hammel verkaufen und verkaufen müssen, wenn nicht die Heerde ins Enorme wachsen soll, wird zugestehen, daß das Pfandrecht an den ordnungsmäßig veräußerten Stücken aufhören muß. — Die l. 11. §. 2. qui pot. 20. 4. und l. 32. de pign., auf welche sich

Heerde, welche aus den Hinzugebornen ersetzt, die wurmstichigen Thüren und Fenster eines Hauses, an deren Stelle neue eingefügt worden sind u. s. w., treten aus dem Pfandrecht schon deshalb heraus, weil die Parteien es wollen; der Begriff der un. r. ist nicht nöthig, um dies zu erklären.

Kurz, so gewiß wir sind, daß es ein Pfandrecht an der un. r. giebt: ebenso gewiß ist es, daß es aus den Quellen sich nicht erweisen läßt; es ist hier eine Lücke im Corpus juris.

4) Der Besitz an un. r. Der Besitz ist seiner Natur nach weder Recht noch Unrecht, er ist vielmehr Ausübung von Rechtsinhalt [1]). Wir heben dies hervor um zu zeigen, daß wenn es auch einen Besitz an un. r. giebt, dennoch ein sonst vorfindliches Merkmal der Rechtsverhältnisse an un. r. bei dem Besitz fehlen muß. Niemals nämlich können Mehrere denselben Rechtsinhalt an demselben Rechtsobjekt ausüben; das bedeutet in seiner Anwendung auf den Besitz: es giebt zwar einen Besitz an un. r. und es giebt daneben einen Besitz an den dazu gehörigen Stücken, beide Besitze müssen sich aber immer in derselben Hand befinden.

Zwei Fragmente [2]) beschäftigen sich mit dem Besitz an un. r.:

l. 23. pr. de usurp. 41, 3. (Javol. l. 9. epist.): Qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere; nam si singulas res possidere intelligetur, ipsas aedes non possidebit; separatis enim corporibus ex quibus aedes constant, universitas aedium intelligi non poterit; accidit eo quod, si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit dicat, possessione superficiei temporibus de mobilibus statutis locum esse, solum se capturum esse ampliori; quod absurdum et minime juri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur, utputa quum aedes ex duabus rebus constent, ex solo et superficie, et universitas earum possessione temporis rerum immobilium dominium mutet.

Arndts (Pand. §. 368. Not. g.) beruft um das Gegentheil zu beweisen, handeln von invecta et illata; diese sind keine un. rer. vgl. die letzte Seite dieses §. 2.

1) Sehr gut entwickelt dies Kierulff Civilr. S. 350.

2) Die l. 7. §. 1. ad exh. lassen wir bei Seite; hier ist von „*civiliter* non possidere" die Rede, und bei der Streitigkeit der Bedeutung dieses Ausdrucks würde es unfruchtbar sein, wenn wir auf jene Ler recurrirten.

l. 30. §§. 1. 2. eod.: Labeo libris epistolarum ait, si is cui ad regularum vel columnarum usucapionum decem dies superessent in aedificium eas conjecisset, nihilominus eum usucapturum si aedificium possedisset. Quid ergo in his quae non quidem implicantur rebus soli sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, quum utrumque maneat integrum. (§. 2.) De tertio genere corpore videndum est; non autem grex universus sic capiatur usu quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes; quid ergo est? Etsi ea natura ejus est ut adjectionibus corporum maneat, non item tamen universi gregis ulla est usucapio sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio; nec siquid emtum immixtum fuerit gregi augendi ejus gratia, idcirco possessionis causa mutabitur, ut si reliquus grex dominii mei sit haec quoque ovis; sed singulae suam causam habebunt, ita ut si quae furtivae erunt sint quidem ex grege, non tamen usucapiantur.

An Vollständigkeit lassen die Fragmente nichts zu wünschen übrig; alle unter 2 a—c. aufgeführten un. rer. (grex, aedificium, annulus) sind darin behandelt. Ist aber auch darin der Besitz der un. r. und daneben der an den einzelnen Stücken ausgesprochen? Was die Heerde betrifft, so herrschte unter den Glossatoren Streit; Einige waren der Ansicht, daß die Heerde als universitas weder besessen noch usucapirt werde, Joannes und Accursius vertheidigten das Gegentheil [1]); unter den Neueren wiederum ist die in der Glosse verworfne Ansicht allgemein angenommen; nur Warnkönig unterscheidet zwischen Usucapionsbesitz und Interdictenbesitz, dort leugnet er, hier bejaht er den Besitz an der un. r. [2]). Was das Haus

1) Gl. singulae res zu l. 30. §. 2. de usurp. 41, 3. Joannes und Accurs setzen in den Satz von l. 30. §. 3. „non item tamen universi gregis ulla est usucapio“ nach universi ein tantum hinein.

2) Arch. f. ziv. Pr. 11, 196 f. — Girtanner (Jahrb. f. Dogm. 3, 230 ff.) schwankt; er beruhigt sich damit, daß von der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Besitzes keine practischen Resultate abhängen; das ist denn doch ganz grundlos.

betrifft, so ist unter den Neueren der bekannte an l. 23. pr. l. 30. §. 1. citt. sich anknüpfende Streit ausgebrochen [1]).

Soviel scheint [2]) festzustehen: an der un. gregis ist in l. 30. §. 2. jeder Besitz geleugnet, zwar mit Rücksicht auf die Usucapion, aber doch zugleich in so allgemeiner Weise, daß in Bezug auf die Interdicte [3]) dasselbe behauptet werden müßte. Nur an den einzelnen Stücken der Heerde soll Besitz stattfinden.

Umgekehrt ist in l. 23. der Besitz nur an der un. aedium angenommen, und hingegen der an den einzelnen Materialien geleugnet. Hier freilich scheint l. 30. §. 1. zu widersprechen; dort wird selbstständiger Besitz und Usucapion von eingemauerten Baumaterialien gelehrt.

Endlich was die un. annuli betrifft, so ist in l. 30. §. 2. zwar gesagt, daß Reifen und Gemme jedes besonders besessen werde, über den Besitz der universitas aber spricht sich der Jurist nicht aus.

Halten wir uns zunächst an l. 23. pr. und l. 30. §. 1, und versuchen wir namentlich letztre ohne Conjectur und nach der gewöhnlichen Wortbedeutung zu verstehen, d. h. verwandeln wir das »nihilominus« nicht wie Viele wollen in »nihilomagis«, noch indentificiren wir es (wie Andre wollen und wie es einige Mal allerdings vorkommt) mit »non«. Dann ist in l. 30. §. 1. der Besitz an der un. r. (dem Hause) neben dem an den einzelnen Stücken (an den eingebauten Ziegeln und Säulen anerkannt; sonst wäre die Fortsetzung der Usucapion an den letztren unmöglich [4]). Hervorzuheben ist, daß demnach an den Ziegeln und Säulen ein doppelter Besitz Statt findet: einmal insofern sie selbstständig sind, sodann insofern sie zum Hause gehören (l. 59. de r. v. 6, 1: quae alienis aedificiis connexa essent, ea quamdiu juncta manerent eorundem aedificiorum esse). Mit l. 23. tritt dies nur insofern

1) Diese beiden Leges haben ihre eigne Literatur; man vgl. dieselbe bei Vangerow Pand. §. 207. Anm. 2. und Windscheid Pand. §. 152. Not. 6. §. 175a Not. 2.

2) Wir sagen „es scheint"; wie es sich wirklich verhält, darüber siehe S. 58. f.

3) Dies gegen Warnkönig; s. oben S. 55. Note 2.

4) Daß diese Fortsetzung der Usucapion nicht durch die Regel „agere non valenti non currit praescriptio" gehindert wird, darüber vgl. Windscheid Pand. §. 182. Note 13.

in Widerspruch, als es sich um die Motive handelt; hier heißt es: nam si singulas res possidere intelligetur, ipsas aedes non possidebit, und dies würde Labeo und Pomponius nicht unterschrieben haben; in der Sache selbst ist keine Antinomie vorhanden; der Rechtsfall in l. 23. ist von dem in l. 30. durchaus verschieden; in erstrer ist, der animus possidendi des Käufers bloß auf das Haus gerichtet, in l. 30. war er vor der Einbauung der Steine und Säulen auf diese und das Haus gerichtet und dieser animus hat bei und nach der Einbauung keine Aenderung erfahren. Javolens Motive passen nur auf seinen Fall; es würde in der That absurd sein, wenn der Käufer des Hauses dieses nicht als Ganzes, sondern in seinen Bestandtheilen haben wollte; wenn aber ein Grundeigenthümer mit fremdem Material bona fide baut, so ist es consequent seinen animus poss. auf die Materialien zu beziehen; jenem Käufer steht der Eigenthümer des Bodens und Gebäudes, diesem Grundeigenthümer der Eigenthümer des Materials gegenüber. Diese Grundsätze erhalten ihre Bestätigung durch

> l. 23. §. 7. de r. v. 6, 1: Item si quis ex alienis caementis in solo suo aedificaverit, domum quidem vindicare poterit, caementa autem resoluta prior dominus vindicabit, etiamsi post tempus usucapionis dissolutum sit aedificium, *postquam a bonae fidei emtore possessum sit,* nec enim singula caementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat.

Hier ist bloß vom Käufer gesagt, daß er nach Ablauf der Usucapionsfrist nicht das Eigenthum des Materials erworben habe, vom bauenden Eigenthümer hingegeu ist es nicht gesagt, und die ganze Fassung der Lex läßt keinen Zweifel, daß es von diesem behauptet werden muß. Also statuirt auch diese Lex, wenn der Eigenthümer baut, einen Besitz am Ganzen und daneben einen andren am Material. Kurz, uns scheint die Behauptung gerechtfertigt: Javolens Entscheidung ist richtig, in seinen Motiven ist er zu weit gegangen; es ist nicht das einzige Mal, daß ein römischer Jurist in den Motiven fehlgreift.

Was aber vom Usucapionsbesitz gilt, muß gewiß auch vom Interdictenbesitz gelten. Wenn demnach dem Erbauer eines Hauses

ein Fenster ausgehoben wird, so kann er nach vorjustinianischem Recht ebensowohl mit dem int. uti poss. wegen Störung des Besitzes am Hause, als mit dem utrubi wegen Entziehung des Besitzes am Fenster klagen; der Käufer hingegen kann immer nur mit uti poss. klagen.

Bisher erfreuten wir uns des ebnen Bodens: der Begriff der un. r. beherrscht den Besitz des Hauses; um so schwieriger wird die Frage, warum es sich bei der Heerde anders verhält.

Pomponius unterscheidet in l. 30. §. 2. offenbar zwei Fälle: zuerst die Usucapion einer ganzen Heerde (non autem grex universus — ita et usucapio), sodann die Usucapion von Stücken die zu einer Heerde hinzugefügt werden (nec si quid emtum — non tamen usucapiuntur). Nun kann der erste Fall in doppelter Weise gedacht werden[1]):

a) Jemand der eine Masse einzelner Schafe bona fide besitzt, vereinigt sie zu einer Heerde;
b) Jemand gelangt bona fide in den Besitz einer bereits bestehenden Heerde.

Was Fall a betrifft, so steht zunächst soviel fest, daß der Besitzer durch die getroffne Vereinigung kein dominium und keine possessio[2]) gregis erwirbt; dominium und possessio gregis bedeuten Erweiterung der Sächlichkeit der einzelnen Schafe; dieselben nehmen fortan noch an einem neuen Rechtsverhältniß Theil, und zu der Schaffung eines neuen Rechtes ist nur derjenige befugt, welcher über die Sächlichkeit (das Eigenthum) der Stücke unbeschränkt verfügen kann[3]). Es entsteht jetzt die weitre Frage ob nicht wenigstens das dom. gregis durch Usucapion erworben werden kann; besser hätten wir gesagt „ob das dom. greg. nicht wenigstens durch Usucapion entstehen könne"; es ist nämlich dann sofort klar, daß die aufgeworfne Frage verneint werden muß. Denn die Usucapion ist zwar eine originäre Erwerbsart, aber sie ist doch zugleich eine Erwerbsart von bereits vorhandnem Eigenthum; durch Usucapion

1) Dies ist von den bisherigen Schriftstellern übersehen worden, und deshalb fehlt es bis jetzt an der richtigen Interpretation von l. 30. §. 2.

2) Er hat also nur „singulorum animalium possessio", l. 30. §. 2. cit.

3) S. auch oben S. 36.

wird bloß ein neuer Eigenthümer, keineswegs überhaupt ein Eigenthümer geschaffen; kurz, durch Usucapion geht Eigenthum originär über, nicht aber entsteht es durch dieselbe [1]).

Wäre l. 30. §. 2. auf diesen Fall a zu beziehen, so bliebe uns für Fall b noch immer freie Hand; wir könnten zwar die Usucapion des dom. greg. in Fall b nicht aus den Quellen erweisen; allein wir wären berechtigt darauf zu schließen, weil einerseits die juristische Consequenz es verlangt, und weil andrerseits nach unsren bisherigen Untersuchungen der Besitz unter dem Gesetz der un. r. steht.

Es geht nun aber zweifellos l. 30. §. 2. bloß auf Fall a; dies ergiebt das Principium der Lex:

rerum mixtura facta an usucapionem cujusque praecedentem interrumpit, quaeritur.

Nicht von der Usucapion an un. r. coh. und dist. überhaupt will Pomponius handeln, sondern nur von dem Einfluß der Verbindung auf die Usucapion. Dies zeigt sich sofort in §. 1; Pompon behandelt hier nur den Fall wo Baumaterialien in das Haus, eine Gemme in einen Reifen eingefaßt werden; den Fall den Javolen in l. 23. pr. erörtert läßt er unberücksichtigt. Es zeigt sich ferner in §. 2; er behandelt hier zwei Fälle: zuerst den wenn Jemand aus einzelnen Schafen eine Heerde bildet, sodann den wenn Jemand einer bereits bestehenden Heerde einzelne Schafe hinzufügt; den Fall daß Jemand eine bereits bestehende Heerde bona fide erwirbt, läßt er bei Seite.

Es wäre in der That höchst auffallend, wenn im Fall b es keine Usucapion des dom. gregis gäbe; dann gäbe es keine possessio, und also auch keine traditio gregis. Wenn aber keine Tradition, wozu dann überhaupt das dom. gregis? Girtanner erwiedert, daß die Tradition nicht die einzige Erwerbsart sei [2]). Gewiß! Da

1) Deshalb verwerfen wir die Ansicht Derer, welche behaupten, daß in alter Zeit durch Occupation kein quiritarisches Eigenthum erworben wurde, sondern daß Usucapion habe hinzukommen müssen.

„Aber — könnte man einwenden — warum erwirbt der gutgläubige Besitzer des Bodens, der mit fremdem Material baut das Eigenthum am Gebäude durch Usucapion?" Antwort: durch das Bauen hat der Grundeigenthümer das Eigenthum des Gebäudes erworben, und von diesem geht es auf den gutgläubigen Erbauer über.

2) Jahrb. f. Dogm. 3, 143.

aber die meisten Heerden aus Schafen, Ziegen u. s. w., kurz nicht aus Zug- und Lastthieren bestehen, so war die Mancipation auf sie unanwendbar, und da die in jure cessio wie Gaius[1]) bezeugt nur selten vorkam (denn es ist keine Kleinigkeit, sich an Prätor oder Provincialstatthalter wenden zu müssen), so weiß Girtanner keine andre Erwerbsart als das Legat anzugeben! Solch einer Meinung gegenüber glauben wir sagen zu dürfen: wenn nicht die juristische Consequenz es zugelassen, so hätte die Utilitätsrücksicht die römischen Juristen sicherlich zur Einführung der traditio gregis geführt; — dies umsomehr als ja der Besitz, um mit Brinz zu sprechen, „auf dem Gebiet des Rechts ansäßig (naturalisirt) und durch die Berührung mit dem Recht civilisirt worden ist". Wenn man aber allgemein behauptet, daß die Tradition einer un. gregis schon an sich nichts bedeute, weil ja doch der juristische Besitz an den einzelnen Stücken übergehe, so müssen wir dem entgegentreten. Durch die Tradition geht nur die Detention der einzelnen Stücke über; damit juristischer Besitz entstehe, ist animus poss. mit bestimmtem Inhalt nothwendig, und der animus des Empfängers ist nur auf die un. gregis gerichtet, er erwirbt also nur an dieser, nicht an den einzelnen Stücken juristischen Besitz.

Das Resultat unsrer Ausführungen ist demnach: es giebt auch einen Besitz an der un. r. und daneben einen Besitz an den einzelnen Stücken, beides ohne Unterschied zwischen un. r. und dist. Nur in Einer Beziehung weicht der Besitz von den dinglichen Rechten ab: der Besitz an der universitas und an den einzelnen Stücken kann immer nur in derselben Hand vereinigt sein, während Eigenthum, Nießbrauch, Pfandrecht an der un. einem Andren als dem Stückeigenthümer zustehen können. Ist dies auch nicht ausdrücklich in den Quellen bezeugt, so geht es doch mittelbar aus den darin mitgetheilten Fällen hervor, welche immer Einen Besitzer voraussetzen. Diese Abweichung beruht auf der Natur des Besitzes: er ist weder Recht noch Unrecht, sondern Ausübung von Rechtsinhalt[2]).

Zum Schluß ist die oben sub 4. zurückgestellte Frage zu beant-

1) Gai. 2, 25.
2) S. oben S. 54.

worten, ob es auch Faustpfand an der un. r. giebt? Dieselbe ist zu bejahen.

5) Auf S. 31. deuteten wir an, daß als untrügliches Prüfungsmittel für die Natur der un. r. bloß die sachenrechtlichen Verhältnisse brauchbar sind. Sobald man in das Gebiet des Obligationen- oder Legatenrechts übertritt, halten die Gegner den Willen der Contrahenten oder des Testator entgegen, und wollen durch Willensinterpretation Alles begründen. Wir konnten nur zugeben, daß dies mit vielem, nicht aber mit vollem Recht geschehe. Zunächst wie willkürlich die Interpretation jenes Willens zuweilen ausfallen müßte, mag man aus den einzelnen Fällen ersehen. Bei dem Verkaufe eines Schiffes oder Hauses haftet der Verkäufer nicht für Eviction von Baumaterialien [1]); ist es möglich dies aus der Absicht der Contrahenten zu erklären? wir halten diese Vorschrift für so hart, daß sie nur vermöge starren Festhaltens an dem Begriff der un. r. aufstellbar war. Wenn durch Legat der Nießbrauch einer Heerde vermacht ist, und diese vor dem dies cedens sich so redueirt, daß die nöthige Zahl nicht mehr vorhanden ist, so entsteht das Legat nicht [2]); ist es möglich dies auf den Willen des Testators zurückzuführen? Unger [3]) scheint dies zuzugeben, denn er beruft sich auf „die durch wirthschaftliche Rücksichten modificirte Natur des Ususfr. an den zu einer Heerde vereinigten Schafen“ [4]). Aber sehen wir auch hiervon ab, so müssen wir weiter fragen: woher stammt der Wille der Contrahenten und des Testator? doch wohl aus der Rücksicht auf die Natur der Sache, welche Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildet. Wer dies zugiebt, erkennt an, daß in der un. r. eine besondre körperliche Sache enthalten ist. — —

Hiermit wollen wir die Darstellung der un. r. nach den Quellen abbrechen. Unsre Absicht war nicht eine allseitige Entwicklung derselben zu geben; wir wissen, daß dazu noch eine Erörterung vieler

---

1) l. 36. de ev. 21, 2.

2) l. 10. §. 8. qu. m. ususfr. 7, 4.

3) Oesterr. Pr. 1, 480 f.

4) Das heißt doch eben: der Ususfr. an einer Heerde ist etwas Andres als an den einzelnen Schafen, und also auch die Heerde selbst etwas Andres als die Summe der Schafe.

Fragen gehört, namentlich wo ist die Grenze für die un. r. dist.?[1]) welches sind die Unterschiede zwischen un. r. dist. und r. coh.? Uns genügt es den Begriff der un. r. festzustellen und namentlich zu zeigen, daß sie ohne Rücksicht auf körperlichen Zusammenhang oder Zusammenhangslosigkeit körperliche Sachen sind. Dieser Nachweis ist uns hoffentlich gelungen.

Je reichhaltiger das Quellenmaterial ist und je mehr es bereits in seinen Specialitäten mitgetheilt ist, desto kürzer darf sich unsre allgemeine Betrachtung über un. r. fassen, zumal schon früher angedeutet worden ist, daß die un. r. denselben Platz im Sachenrecht einnimmt, welchen die Corporation im Personenrecht inne hat, unsre Ausführungen über die un. person. also auch auf die un r. anwendbar sind.

An die Spitze zu stellen ist, daß wir es nicht mit gedachten (fingirten) Sachen, sondern wiederum mit „historisch-organischen Realitäten" zu thun haben. Alle un. r., welche von den Quellen als solche bezeichnet sind, enthalten Verbindungen, welche zu allen Zeiten und bei allen Völkern vorkommen; sie sind nicht dem erfinderischen Kopfe eines einzelnen Mannes entsprungen; sie bilden sich von selbst, vermöge Naturnothwendigkeit, vermöge Bedürfnisse des Lebens und Verkehrs.

Man erkennt dies am besten, wenn man die Qualität der un. r. zu derjenigen ihrer Stücke in Vergleichung stellt. Bevor wir dies an den einzelnen Beispielen zeigen, schicken wir eine allgemeinere Betrachtung voraus.

Man kann die Vortheile, welche die Sache dem Eigenthümer gewährt, nach zwei Seiten hin scheiden, und danach zwei Functionen der Sache statuiren: eine natürliche und eine ökonomische. Die natürliche Function (— die Nationalökonomen sprechen hier von Productivkräften —) der Sache ist es, daß sie naturgemäß benutzt wird, daß man die Aeußerungen ihrer natürlichen Eigenschaften entgegennimmt: das Haus wird bewohnt, die Wiese beweidet, das Getreide verzehrt, die Wolle versponnen, wilde Thiere läßt man (für Geld) sehen. Die ökonomische Function (— die National-

1) S. jedoch über diese Frage S. 64 f.

öconomen nennen sie den Werth[1]) —) der Sache besteht darin, daß das Haben an sich, selbst wenn die Sache nicht benutzt wird, Vortheile bringt; jedes einzelne Eigenthum trägt zu wohlgeordneten Vermögensverhältnissen bei; der Eigenthümer genießt Credit, und hat vermöge des Rechts des Umsatzes die Möglichkeit, jede Lücke die sich in seinem Vermögen befindet auszufüllen.

Mit diesem Vorbegriff wenden wir uns zur Betrachtung der einzelnen un. r. Zunächst zum Hause. Die öconomische Function besitzt der Mörtel, Ziegel und Balken, jeder einzeln für sich betrachtet, allerdings; deshalb haben wir Cementhandlungen, Ziegelbrennereien, Nutzholzgeschäfte. Die natürliche Function hingegen wohnt ihnen überhaupt nicht oder nur in sehr geringem Maße inne; dem Mörtel überhaupt nicht: denn er ist nur dazu da um die Steine zu verbinden; bei dem Ziegel und Balken nur in sehr geringem Maße: denn beides könnte man zwar als Sessel benutzen, den Balken außerdem zur Feuerung, allein wir haben bekanntlich weichere Sessel und verschaffen uns billigeres Feuerungsmaterial. Alle diese Sachen äußern ihre natürliche Function erst dann, wenn sie in Verbindung gebracht zu einem Gebäude zusammengefügt werden; erst dann also erfüllen sie ihre Aufgabe (dem Menschen zu dienen) vollständig, und deshalb liegt in ihrer Zusammenfügung eine Erweiterung ihrer Sächlichkeit. Wenn wir von den Corporationen behaupteten, daß sie vermöge historischer Triebkraft entständen, und daß die Menschen welche zu einer Corporation zusammentreten nicht sowohl als schaffende Subjecte, sondern vielmehr als Diener jener Triebkraft, als Werkzeuge in der Hand der Geschichte aufzufassen sind, so läßt sich Aehnliches von den Baumaterialien aufstellen; es liegt in ihnen ein natürlicher Trieb sich zu einem höheren Ganzen zu vereinigen, weil sie erst dann das sind wozu die Natur sie bestimmt hat, und ihr Eigenthümer, welcher ein Haus baut erscheint uns weniger als Schöpfer einer Sache denn vielmehr als der Vollzieher eines Naturgesetzes[2]).

---

1) Roscher System der Volkswirthschaft Bd. 1. §. 4. 5. 31 ff., (auch unter dem Titel „Grundlagen der Nationalöconomie“). — Ueber den Werth vgl. auch Savigny System 6, 122 f.

2) Dies wird auch von den Gegnern anerkannt: „die Sachgesammtheiten bilden sich im gewöhnlichen Leben“, schreibt Unger Oesterr. Pr. 1, 476.

Und gilt nicht dasselbe von den beweglichen un. r. coh.? Was ist ein Edelstein ohne Reifen, was ein Henkel ohne Becher, was ein Dampfkessel ohne Maschine, was umgekehrt ein Tisch oder Stuhl ohne Fuß, was ein Reifen dessen Steinfassung leer ist, was eine Dampfmaschine ohne Kessel? Nicht minder gilt es endlich von den un. r. dist. Es ist bezeichnend, daß als solche in den Quellen nur diejenigen Sachen »quae gregatim habentur« (l. 1. §. 3. de r. v. 6, 1.) aufgeführt sind, d. h. diejenigen welche nach Sitte und Gewohnheit, die auf dem Bedürfniß des Lebens beruhen, heerdenweis gehalten werden; bei den Schafen namentlich gestattet der einheitliche Character einer Schafheerde eine Wollproduction im Großen, bei den Kühen einen Milchhandel, bei einem Gestüte die Bewahrung und Fortpflanzung der Race. Es ist Girtanner[1]) keineswegs beizutreten, wenn er behauptet: „Auf mich hat diese Darstellung in l. 1—3. de r. v. den Eindruck gemacht als handle es sich hier um einen Punct, über welchen die römische Jurisprudenz noch keineswegs zu voller Einigung gelangt sei, weder über das Princip noch über die einzelnen Fälle". Erwägt man die verschiednen Entwicklungsstadien, welche das wirthschaftliche Leben des römischen Volks durchgemacht hat, und die immensen Dimensionen innerhalb welcher es sich zur Zeit der classischen Jurisprudenz bewegte, so erweist sich jene Behauptung von vornherein als unrichtig, und wir wissen kein neues Beispiel anzuführen, welches sich in unsrer Zeit als un. r. dist. entwickelt hätte. Zwar erinnern wir uns der Perlenschnur; diese aber fällt sicherlich unter die römische Definition; auch von ihr ist zu behaupten: gregatim habetur. Das Waarenlager hingegen ist aus dem oben S. 53 angegebnen Grunde keine un. r.: der Kaufmann hat es angeschafft, nicht um damit zu wirthschaften, sondern um die Waaren zu verhandeln; das Gutsinventar und das Takelwerk und die Böte eines Schiffes sind es gleichfalls nicht[2]); sie stehen in gar keiner Beziehung zu einander, sondern

1) Jahrb. f. Dogm. 3, 153.

2) Ausdrücklich bezeugt in l. 3. §. 1. de r. v. 6, 1. Die Behauptung von Puchta (Vorl. §. 35.), es gehöre zu den Bedingungen einer un. rer., daß sie nicht zum Dienst eines Andren bestimmt sei, und daß deshalb die Schiffsböte u. s. w. keine un. res. bilden, ist freilich unrichtig; auch der grex gehört nach l. 9. de instr. leg. 33, 7 zum Gutsinventar.

zum Gute und zum Schiff, sie machen sich nicht gegenseitig zu etwas Andrem, sondern das Gut zu einem wohleingerichteten, das Schiff zu einem wohlausgerüsteten; das Gleiche gilt von der Bibliothek in der Gemäldegallerie, die einzelnen Bücher und Gemälde stehen in keiner Wechselbeziehung und erhöhen nicht gegenseitig ihre Sächlichkeit.

§. 3. Die Gesammtrechtsverhältnisse.

Thuen wir einen Schritt weiter, versuchen wir von den „historisch-organischen Realitäten" zu „gewillkürten oder rechtlich-nothwendigen Realitäten" zu gelangen, so sind wir von den universitates in das Gebiet der Gesammtrechtsverhältnisse übergetreten.

Als die Germanisten unsres Jahrhunderts, gestützt auf gründliche Quellenforschung, einen Gegensatz zwischen römischem und deutschem Recht zogen und den Begriff des Gesammteigenthums dem ersteren absprachen, dem letztren vindicirten, begingen sie, wie uns scheinen will, ein doppeltes Versehen.

Einmal nämlich stellten sie unter diesen Begriff zwei Rechtsinstitute, welche miteinander nichts gemein haben, und die deshalb auch unsres Erachtens weder aus denselben Grundgedanken hervorgegangen sein können, noch auf dieselbe Art juristisch construirt werden dürfen. Als erste Classe bezeichnen sie die Corporationen, in denen neben dem Eigenthum der Gesammtheit selbständige Sonderrechte der einzelnen Mitglieder vorkommen; als zweite Classe diejenigen Fälle, in denen es zur Bildung einer Corporation nicht gekommen, in denen daher nur Einzelrechte bestehen, und zwar Einzelrechte mit dem Character von Eigenthum, die aber nicht in arithmetische Theile zerlegt sind.

Das zweite Versehen besteht in einer Unterlassung, in einer Versäumniß. Man suchte aus den deutschen Quellen nachzuweisen, daß in gewissen Fällen das Eigenthum an derselben Sache mehreren Personen gleichmäßig zusteht; man gab zu, daß hieraus eine Collision entstehe, aber (wurde weiter aus den deutschen Quellen nachgewiesen) diese Collision sei entweder durch das Wesen und die Natur des Verhältnisses, in welchem die Gesammteigenthümer standen, gehoben

worden (z. B. bei der Ehe durch das Mundium des Ehemannes, bei der Markgenossenschaft durch die Verfassung, bei der Familie durch die Hausgesetze) oder durch besondre Vereinbarungen (z. B. bei der Gewerbschaft). Die practische Durchführbarkeit des Verhältnisses war auf diese Weise dargethan; allein es fehlte der Nachweis der logischen Möglichkeit, und man vermißte diesen umsomehr, als zugleich von dem echten Eigenthum an Grundstück zugegeben wurde, daß es im Ganzen denselben Umfang wie das römische Dominium habe.

Das erste Versehen hängt mit einem Irrthum zusammen, welchen wir bereits oben S. 11. in der herrschenden Lehre von der Corporation fanden. Die herrschende Lehre sieht in der Corporation ein von ihren Mitgliedern durchweg verschiednes Rechtssubject, an dessen Rechtssphäre die Mitglieder keinen Antheil haben; daraus folgt freilich, daß, wo Sonderrechte der Mitglieder vorkommen, der (angebliche römische) Begriff der Corporation nicht mehr ausreicht, und zur Bildung eines neuen Rechtsbegriffs geschritten werden muß. Dem gegenüber führten wir aus (S. 11. 31 f.), daß jedes Corporationsmitglied durch Eintritt in die Corporation seine Persönlichkeit erweitert, und als Minimum der hieraus entspringenden Rechte gaben wir die Befugniß in der Corporationsversammlung zu stimmen, den Vorstand zu wählen u. s. w. an. Wohlzubeachten: ein Minimum, das demnach der Erweiterung nach den verschiedensten Seiten hin fähig ist; und selbst wenn diese Erweiterung sich dahin steigert, daß das Corporationsmitglied ein Nutzungsrecht an dem corporativen Vermögen erhält, und daß ferner das Nutzungsrecht ihm nicht durch Beschluß der Corporation entzogen werden darf [1]), so würden wir noch immer den römischen Begriff der Corporation, wie er oben entwickelt ist, festhalten dürfen denn das Eigenthum, das nicht bloß für Servituten, sondern auch für Emphyteuse, Superficies und Colonat empfänglich ist, ist sicherlich auch nicht zu schwach um Sonderrechte von Corporationsgliedern zu ertragen. Von dieser Seite her befürchten wir demnach keinen Angriff auf unser Gesammtrechtsverhältniß; wir wollen keinen Fall in welchem

1) Eichhorn d. Pr. §. 372. und Beseler Volksrecht u. Juristenr. §. 184. 186.

das „Gesammteigenthum" bloß in einem Nutzungsrecht von Corporationsgenossen besteht zu den Gesammtrechtsverhältnissen stellen; wir hoffen deshalb auch in den verschiedenen Formen des Gesammtrechtsverhältnisses einen einheitlichen Begriff aufzuzeigen, der sich für die juristische Deduction besonders fruchtbar erweist.

Handelt es sich nun weiter darum, die logische Begründung des Gesammtrechtsverhältnisses zu geben, so müssen wir wiederum an unsre Auffassung der Corporation in §. 1. erinnern. Dort ist gezeigt worden, daß die Vereinigung von Personen zu einer Corporation ein natürliches Rechtssubject, die sog. incerta persona erzeugt, welche des Nießbrauchs, der Vormundschaft, des Patronats, des Intestaterbrechts fähig ist. Zwar ist dort mit besondrem Nachdruck betont worden, daß die Corporation durch natürliche Kraft menschlicher Triebe entsteht, und daß die Einzelnen dieser Kraft mehr gehorchen als sie beherrschen; allein gleichzeitig durfte und konnte nicht geleugnet werden, daß eine gewisse, wenn auch beschränkte Willensthat der Einzelnen, von denen die Stiftung einer Corporation ausgeht, vorliegt. Wir haben nur nöthig, die bei der Corporation hervortretenden Elemente zurückzudrängen, die bei ihr wenig bedeutsamen in den Vordergrund zu schieben, und wir erhalten eine Reihe von Persönlichkeiten, welche aus mehreren natürlichen Personen bestehen und dennoch »unum corpus« ergeben. Denken wir an Stelle der natürlichen Triebkraft die überlegte Verstandesthätigkeit der Menschen, an Stelle des mehr gehorchenden und nachgebenden Willens den frei und selbstbewußt handelnden, den nach gewissen rechtlichen Effecten absichtlich hinstrebenden, so entsteht nicht minder in der Vereinigung ein neues natürliches Rechtssubject wie in der Corporation. Die Befugniß der einzelnen Individuen eine Vereinigung mit dem gedachten Effect zu treffen kann nicht bezweifelt werden; wir pflegen überall dem Willen der Menschen eine fast exorbitante Macht im Gebiete des Privatrechts einzuräumen; und was namentlich die Vereinigung betrifft, so heißt es in l. 29. pr. de verb. obl. 45, 1. daß

> quamvis autem placuerit, tot esse stipulationes quot summae, totque esse stipulationes quot res, tamen si pecuniam quis quae in conspectu est stipulatus sit vel acervum pecuniae,

non tot sint stipulationes quot numorum corpora sed una stipulatio; nam per singulos denarios singulas esse stipulationes absurdum est. Stipulationem quoque legatorum constat unam esse quamvis plura corpora sint vel plura legata, sed et familiae vel omnium servorum una stipulatio est, itemque quadrigae aut lecticariorum stipulatio una est; at si quis illud et illud stipulatus sit, tot stipulationes sunt quot corpora.

Es iſt zu beachten, daß hier mit Ausnahme des Viergeſpanns und der Sänftenträger von Sachen die Rede iſt, welche keine universitas rerum bilden; weder die Geldſtücke haben die Natur einer un. r. — ſie ſind vielmehr Quantitäten —, noch die Sclavenfamilie — bei dieſer fehlt das Moment des gregatim haberi —, noch endlich die mehreren Legate — dieſe ſind entweder Species oder Quantitäten. Nun lehrt Ulpian, es ſei bei einer Quantitätenſtipulation abſurd mehrere Stipulationen anzunehmen, und bei den übrigen aufgeführten Beiſpielen behauptet er, wenn auch nicht mit gleich ſcharfen Worten, die Einheit der Stipulation. Den Grund hierfür bezeichnet Puchta [1]) treffend alſo: „es iſt dies offenbar als Intention der Parteien zu betrachten", und als Fingerzeig für die Erkenntniß des Parteiwillens giebt er an, daß die „mehreren Sachen in eine Collectivbezeichnung zuſammengefaßt ſind".

Ulpian behauptet zwar nicht, daß durch die Intention der Parteien die mehreren Sachen wirklich eine einzige werden; er brauchte es nicht zu behaupten, da es ſich in l. 29. nicht um bereits erworbene (dingliche oder Familienrechte), ſondern um erſt zu erwerbende (obligatoriſche Rechte) handelt [2]); und er durfte es nicht behaupten, da er ſich ſonſt in Widerſpruch zu den Thatſachen geſetzt hätte. Denn um aus mehreren Sachen eine einzige zu machen, genügt nicht die Intention des Eigenthümers, ſondern es muß eine beſondre Qualität der Sachen, hervorgegangen aus ihrer wirthſchaftlichen

1) Pand. §. 223. N. a.

2) Ueber dieſen Gegenſatz, welcher in dem Gegenſatz der act. in rem. und in personam ſeinen Ausdruck gefunden hat, vgl. Rudorff röm. Rechtsgeſchichte. Bd. 2. §. 35.

Bedeutung und aus ihrer Stellung im Verkehr hinzutreten [1]); wo dies der Fall ist, da wird — auch abgesehen von der universitas rerum — aus mehreren Sachen eine einzige geschaffen: es wird Niemand bezweifeln, daß der Eigenthümer zweier benachbarter Grundstücke diese zu einem einzigen vereinen darf, und wir werden unten in Abschn. 4. §. 5. III. einen Fall nachweisen, wo sogar Grundstücke, welche verschiednen Eigenthümern gehören, eine Einheit bilden.

Aehnliche Erscheinungen wie in l. 29. cit. begegnen uns in andren Theilen des Privatrechts. Um ein Beispiel statt vieler anzuführen, so mag auf folgendes Rechtsverhältniß aufmerksam gemacht werden. Wenn streitende Parteien über mehrere Ansprüche compromittiren, so kann hierin bald Ein Compromiß enthalten sein bald mehrere, je nach dem Willen der Parteien; erstrenfalls darf der Arbiter nur über alle Ansprüche zugleich in Einem Urtheil sprechen, und spricht er bloß über Einen, so ist die Sentenz nichtig, und sie kann demnach abgeändert werden; letztrenfalls ergeht über jeden Anspruch je eine Sentenz [2]). — Diese Intention der Parteien nehmen wir zum Ausgangspunkt unserer Beweisführung. Vermag sie trotz der Mehrheit der Obligationsobjecte die Einheit der Obligation zu bewirken, indem sie jene zu einem einheitlichen Objekt zusammenfaßt, so muß sie auch die Macht haben, trotz Mehrheit der Rechtssubjecte ein einheitliches Rechtsverhältniß herzustellen, indem sie diese zu einem einzigen Subject vereinigt. Es liegt in dieser Deduction allerdings ein Schluß vom Object auf das Subject, und dieser möchte als unzulässig abgewiesen werden; er ist aber vielmehr statthaft, weil der Grund auf welchem l. 29. pr. und l. 21. pr. citt. beruhen auch bei Personen zutrifft. Ein jeder Mensch hat nämlich die Verfügung nicht bloß über die einzelnen Objecte seines Vermögens, sondern zugleich über seine vermögensrechtliche Persönlichkeit [3]); er kann die letztre durch Arrogation, Manus, Mancipium

1) S. oben §. 2. S. 62—65. Alle von Ulpian in l. 29. pr. gebrauchten Beispiele — mit Ausnahme des Viergespanns und der Sänftenträger — sind keine univers. rerum.

2) l. 21. pr. de rec. 4, 8. S. ferner l. 34. de aed. ed. 21, 1, l. 11. §. 1, l. 12, l. 13. pr. de in diem add. 18, 2.

3) Nur seine Freiheit kann er nicht aufgeben; der Vertrag wodurch er sich als Sclave verkauft, ist ungiltig, und nur zur Strafe werden die majores

verlieren; warum sollte er sie nicht soweit beschränken können, daß seine Persönlichkeit mit der eines Andren vereinigt eine neue bildet? Nur darauf kann es ankommen, ob es möglich ist, daß durch die Vereinigung eine neue Persönlichkeit entsteht, und diese Möglichkeit haben wir in §. 1. nachgewiesen. Zugleich machen wir darauf aufmerksam daß, während wir zur Entstehung Einer Sache aus mehreren noch besondre Erfordernisse verlangt haben (wirthschaftliche Bedeutung und Verkehrsstellung S. 62 ff.) bei der Entstehung einer neuen Person aus mehreren Menschen von solchen Erfordernissen abgesehen werden muß. Dasjenige Erforderniß nämlich, welches verlangt werden könnte, ist immer vorhanden; es ist dies der Associationsgeist, welcher einerseits dem römischen Volk ebensowohl innegewohnt hat wie den Völkerschaften germanischer Abstammung [1]), und welcher andrerseits nicht bloß die Verbindungen ganzer Classen von Menschen im Staat, Gemeinde u. s. w. hervorruft, sondern ebensosehr in den Vereinigungen von wenigen, also auch von zwei Personen seine Blüthen treibt.

Um durch ein Beispiel das abstracte Gesagte zu veranschaulichen, so behaupten wir: die Correalgläubiger und Correalschuldner, die mehreren Miterben und Collegatare, der zur Erbschaft des Vaters berufne Pupill und sein Substitut u. s. w. bilden ebensowohl eine natürliche Person wie die Corporation. Wir verkennen nicht die Unterschiede zwischen beiden Persönlichkeiten. Die Corporation ist eine persona incerta, dem fortwährenden Wechsel unterworfen, bald

viginti annis, welche participandi pretii causa sich betrügerisch als Sclaven haben verkaufen lassen, wirklich Sclaven (tit. D. quib. ad lib. procl. non lic. 40, 13). Seine Civitas hingegen kann jeder aufgeben, sei es durch freiwillige Verbannung, sei es durch Auswanderung (namentlich in eine latinische Colonie). Endlich seine Familia kann man selbst innerhalb des römischen Staates verlieren, durch Arrogation u. s. w.

1) Man zähle doch nur die Gesellschaften (collegiâ, sodalitates) und Actienvereine (soc. aurifodinarum u. s. w.) in Rom zur Zeit der Republik, und die irgend einer modernen Hauptstadt, und man wird finden, daß jene Stadt hinter dieser an Zahl nicht zurücksteht. Wenn man heutzutage auf den Associationsgeist der Germanischen Völker als ihre Eigenthümlichkeit hinweist, so ist dies ein Irrthum; würden wir eine genaue Kenntniß der Zustände in den italischen und Provincialstädten des römischen Reiches haben, so würden wir in ihnen wahrscheinlich eben soviel Associationen als in unsren Provinzialstädten finden.

aus mehr bald aus weniger Menschen bestehend; jene oben aufgeführten Verhältnisse sind an bestimmte Menschen gebunden. Wichtiger ist der fernere Unterschied, daß die Corporation (wie früher ausgeführt) durch die Naturanlage des Menschen, jene oben benannten Rechtsverhältnisse durch die berechnende Verstandesthätigkeit des Menschen hervorgerufen werden; daß die Corporation in der Regel Zwecke verfolgt, zu deren Verwirklichung die Kraft des Einzelnen nicht hinreicht, welche über das Leben der Mitglieder hinausdauern und welche endlich der Regel nach nicht sowohl die Vermögenssphäre des Einzelnen als Interessen von nichtvermögensrechtlichem Inhalt berührt —, während in den oben aufgezählten Verhältnissen die Kraft des Einzelnen zur Erreichung des Zweckes hinreicht, das Verhältniß selbst (sofern es nicht vererblich ist) bloß vorübergehende Dauer hat, und gerade besonders die Vermögensinteressen des Einzelnen berührt. Alle diese Unterschiede erkennen wir an, und wir werden später davon Gebrauch machen; allein in der Grundlage scheinen uns die Corporation und die in den obenbenannten Rechtsverhältnissen stehenden Personen identisch zu sein: sie bilden beide eine natürliche aus mehreren Menschen vereinigte neue Persönlichkeit.

Uebrigens bemerken wir, daß für den weitren Fortgang unserer Untersuchung es bloß nothwendig ist, daß uns zugegeben werde, daß wir in den Correalgläubigern, Miterben u. s. w. eine Person vor uns haben, nicht aber daß diese Person eine natürliche sei. Dieses (also modificirte) Zugeständniß hoffen wir jedenfalls von denen zu erhalten, welche in der Corporation eine fingirte Person sehen; wenn es überhaupt zulässig ist, Personen zu fingiren, warum sollte dies bloß in den Fällen der sog. juristischen Person angehen? Es darf bloß der Nachweis gefordert werden, daß in den Quellen die Correalgläubiger u. s. w. als Eine Person behandelt werden. Auch scheinen die Quellen der Annahme einer fingirten Person günstig zu sein; denn es heißt in

l. 9. de part. 2, 14: Si plures sint qui eandem actionem habent *unius loco* habentur: ut puta plures sint rei stipulandi vel plures argentarii quorum nomina simul facta sunt, unius loco numerabuntur quia unum debitum est.

> Et quum tutores pupilli creditoris plures convenissent, *unius loco* numerantur, quia unius pupilli nomine convenerant.
>
> l. 34. pr. de leg. I. (30): conjunctii (collegatarii) *unius personae potestate* funguntur [1]).

Allein unter dem unius loco, unius personae potestate darf wohl auch die persona singularis, der einzelne Menſch verſtanden werden. Für uns ſpricht hingegen:

> l. 15. de duob. reis 45, 2: Si id quod ego et Titius stipulamur in singulis personis proprium intelligatur, non poterimus duo rei stipulandi constitui, veluti quum usumfructum aut dotis nomine dari stipulemur, idque et Julianus scribit.

Die Möglichkeit der Nießbrauchsſtipulation für Mehrere in der Form der Correalobligation wird hier bloß deshalb verneint, weil die Stipulation nicht für jeden Correalgläubiger denſelben Inhalt haben würde (proprium in singulis personis intelligitur [2]), weil der Uſusfructus mit dem Tode des Berechtigten endigt, und dieſer Tod bei Einem früher, bei dem Andren ſpäter eintreten könnte. Nun iſt bekannt, daß ususfructus sine persona esse non potest [3]), und wie aus dieſem Grunde die Nießbrauchsſtipulation des Erbſchaftsſclaven nichtig iſt, ſo hätte Gaius in l. 15. cit., vorausgeſetzt daß er die beiden Stipulanten nicht als Eine natürliche Perſon anerkannte, ſich vielmehr auf den Mangel der natürlichen Perſon berufen müſſen. Indem er anders deducirt, giebt er zu erkennen, daß er auf unſrer Seite ſteht.

Bevor wir zu der Stellung der Einzelnen in der neu geſchaffnen Perſönlichkeit übergehen, wollen wir (um deſto mehr Rechtsverhältniſſe als Beiſpiele aufführen zu dürfen) vorausſchicken daß, was

---

1) Wenn hierzu Demelius (Jahrb. für Dogm. 4, 128) bemerkt: „Sollen deshalb auch die Collegatare zu einer idealen Willenseinheit zuſammengeſchweißt werden?“ ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß wir ohne Scheu bejahen, und erwiedern auf das „Zuſammenſchweißen“, daß die ferruminatio eine Statue ‚uno spiritu‘ erzeugt; l. 23. §. 5. de r. v. 6, 1.

S. auch l. un. §. 10. C. de cad. toll. 6, 51 ... quia conjuncti quidem propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt...

2) Vgl. l. 9. §. 1. eod.: a quibus *impar* suscepta est obligatio.

3) l. 26. de serv. stip. 45, 3.

der Wille der Menschen vermag, auch die juristische Consequenz oder der gesetzgeberische Wille muß bewirken können. Läßt sich ein Rechtsverhältniß (z. B. die Gesammtservitut, der Conpatronat, die Contutel) an und für sich nicht anders construiren, als indem man die mehreren daran betheiligten Personen zu einer Einheit zusammenfaßt, oder will dies der Gesetzgeber aus legislatorischen Motiven, (z. B. bei der dos communis patri et filiae), so sind wir zu derselben Annahme berechtigt resp. benöthigt, zu welcher uns der Wille der Parteien zwingt. — — —

Nun zu der Stellung der Einzelnen, welche in jener Verbindung stehen. Wir halten es für angemessen die Stellung der Corporationsmitglieder, wie sie oben S. 11. 31 f. entwickelt kurz ins Gedächtniß zurückzurufen. Danach erweitert jeder in die Corporation Eintretende seine Persönlichkeit, seine Rechtssphäre; er nimmt Theil an der Persönlichkeit der Corporation[1]), ja die Corporation ist nichts als das Resultat der Persönlichkeitserweiterungen aller Mitglieder zusammengenommen; sie ist deshalb eine incerta persona. Wir müssen jetzt hinzufügen, daß das eben beschriebne Verhältniß bloß die Regel ist, und daß es von der Regel Ausnahmen giebt, darin bestehend daß die Mitglieder an gewissen einzelnen Rechten der Corporation unmittelbar Antheil nehmen. Die Ausnahme finden wir aber nicht etwa darin, daß den Corporationsmitgliedern an dem Vermögen der Corporation Nutzungsrechte zustehen (bei den Römern am ager publicus, in Deutschland an der Almende); denn die Corporation hat nicht bloß Nutzungsrecht, sondern Eigenthum an ihrem Vermögen, und so wenig der dinglich Berechtigte am Eigenthum Theil hat, so wenig läßt sich dies von den Bürgern hinsichtlich des ager publicus und der Almende behaupten. Die Ausnahmefälle liegen vielmehr — um beim römischen Recht stehen zu bleiben — in dem Bürger-, Gast- und Clientelrecht. Wird einer Stadtgemeinde Bürger-, Gast- oder Clientelrecht ertheilt, so steht ihr dieses zwar an sich zu, zugleich aber sind alle einzelnen Stadt-

1) Weiske (Pract. Erört. S. 147) hat dies richtig erkannt, allein er giebt seinem Gedanken einen unrichtigen Ausdruck indem er schreibt: „es findet somit allerdings eine Erweiterung der Rechte auf Sachen bei jedem Einzelnen dadurch Statt, daß er Mitglied der Corporation geworden ist".

bürger römische Bürger, Gastfreunde und Clienten; sie genießen demnach einzeln die vollen in der Civität, dem Hospitium und der Clientel enthaltnen Rechte. „Das Gastrecht zwischen Gemeinden, schreibt Mommsen [1]), schließt die Anerkennung und den Schutz der wohlbegründeten Rechte sowohl der befreundeten Gemeinde selbst als eines jeden ihrer Glieder mit rechtlicher Nothwendigkeit ein; es ist beispielsweise eine Anwendung davon, daß das durch Kriegsstand untergegangne römische Freiheits- und Eigenthumsrecht nicht minder als durch die Rückkehr des Objects in den römischen Staat wieder auflebt durch den Eintritt desselben in eine der römischen befreundete Gemeinde" [2]). Ja, so sehr hielt man die Theilnahme der einzelnen Stadtbürger an den Rechten des Hospitium u. s. w. für natürlich, daß in der Verleihungsurkunde bald das Volk bald die einzelnen Bürger genannt werden; »*senatus populusque*, heißt es in der ältesten uns erhaltenen Urkunde für die gurzensische Gemeinde in Africa vom Jahre 12 v. Chr., hospitium fecerunt quom L. Domitio eumque et posteros ejus sibi *posterisque sueis* patronum captaverunt, isque eos *posterosque eorum* in fidem clientelamque suam recepit« [3]). Ständen jene Rechte bloß der Stadtgemeinde zu, so hätte bloß sie das jus commercii resp. in ihren Vertretern das jus hospitii, und die einzelnen Stadtbewohner würden daraus — gegen die Intention der Constituenten — keinen Vortheil ziehen. Bezöge man wiederum die Ertheilung jener Rechte nicht auf die Corporation als solche, sondern auf die Stadtbürger [4]), so würden die später aufgenommnen Stadtbürger sie nicht haben; zwar möchte man hiergegen einwenden, jene Rechte gingen unzweifelhaft auf die

1) Das röm. Gastrecht und die röm. Clientel in Sybel's histor. Zeitschr. 1, 344; s. auch S. 357. Ob jedes Mitglied der mit Hospitium beliehenen Gemeinde auch Anspruch auf Verpflegung und Gastgeschenk hatte, mag dahingestellt bleiben, da dies selbst bei dem Privathospitium streitig ist; Mommsen a. a. O. S. 342. behauptet es, Walter R. Rechtsg. §. 83. Anm. 31. (3. A.) leugnet es.

2) l. 19. §. 3. de capt. 49, 15.

3) Mommsen a. a. O. S. 368. Anm. 9.

4) Der Art war die Bürgerrechtsertheilung durch Caracalla; sie erging nicht an die Corporationen sondern an die damaligen Reichsbewohner; es gab deshalb — auch abgesehen von den später erworbenen Ländern — in der spätren Zeit Reichsbewohner ohne Civität.

Nachkommen über, und es genüge deshalb, die zur Zeit der Ertheilung vorhandnen Bürger als die mit dem Bürger-, Gast- oder Clientelrecht Beliehenen anzusehen; allein es giebt auch Stadtbürger, welche nicht Nachkommen der Beliehenen sind, Stadtbürger durch adoptio, manumissio, allectio, und alle diese Entstehungsgründe werden der Origo unbedingt gleichgestellt:

> l. 7. C. de inc. 10, 39: Cives quidem origo, manumissio, allectio vel adoptio facit...

Also läßt sich das Verhältniß nur so fassen: Bürger-, Gast- und Clientelrecht werden der Corporation als solcher ertheilt, aber die einzelnen Stadtbewohner nehmen daran unmittelbar Antheil; folglich kann z. B. die Stadtgemeinde als solche (incerta persona) quiritarisches Eigenthum haben, ebenso aber können es die einzelnen Bürger. Auch sagt ja Festus:

> alio modo (municipium dicitur) quum id genus hominum definitur, quorum *civitas universa* in civitatem Romanam venit, ut Aricini Caerites Anagnini;

d. h. die Verleihung des Bürgerrechts geschah an die ganze Stadtgemeinde (civitas universa), und doch war jeder einzelne Ariciner Caerite und Anagniner römischer Bürger. — —

So bietet sich denn von vornherein bei den Verhältnissen, mit denen wir uns gegenwärtig beschäftigen (Correalobligation, Gesammtservitut u. s. w.) die Möglichkeit, die Stellung der einzelnen in dem Verhältniß begriffnen Personen in doppelter Weise zu bestimmen: wir können entweder bloß die durch ihre Vereinigung entstandne Person zum alleinigen Subject des Rechts machen, oder wir können neben derselben auch noch die einzelnen Personen zu Trägern des Rechts erheben. Welcher Alternative der Vorzug zu geben, darüber kann allein das practische Bedürfniß entscheiden; Beweis hierfür ist, daß auch bei der Corporation nur diejenigen Rechte jedem Corporationsmitgliede vollständig zustehen, welche, wenn dies nicht geschehen wäre, ihren Zweck verfehlen würden: das Bürger-, Gast- und Clientelrecht. Auch finden wir in der That beide Gestaltungen in den unsrer Betrachtung unterstellten Verhältnissen vor: erstre Gestaltung in der dos communis[1]) und in der legitima contutela,

1) Nach preußischem Recht auch bei der activen Correalobligation.

letztre in allen übrigen Fällen. Im Allgemeinen ist jedoch Folgendes zu erwägen.

Alle Verhältnisse, mit denen wir uns gegenwärtig beschäftigen, bilden einen Gegensatz zu der Corporation durch den Zweck, welchen sie verfolgen. Die Zwecke der Corporation sind allen Mitgliedern gemeinsam; es liegt im Interesse aller Bewohner eines Bezirks, daß sich eine Gemeinde aus ihnen bilde, daß die Sicherheitspolizei ordentlich im Bezirk gehandhabt, daß Straßen, Wege u. s. w. gehörig in Stand gehalten, daß Schulen gestiftet werden u. s. w. Hier den einzelnen Corporationsgliedern unmittelbare Theilnahme an den einzelnen Vermögensrechten der Corporation gewähren, hieße die Erreichung jener Zwecke unmöglich machen; jedes einzelne Mitglied würde nach seinem Sinne über seinen Antheil am Corporationsvermögen verfügen; auch durch die Verfassung der Corporation könnte dies nicht verhütet werden; die Regel: in re communi melior est conditio prohibentis, und die andre: jeder Gemeiner kann über seinen Theil verfügen, ist so sehr in der Natur der Gemeinschaft begründet, daß ihre Aufhebung zugleich Negirung des Theilrechtes selbst wäre. — In denjenigen Verhältnissen hingegen, die unsrer Betrachtung unterliegen, handelt es sich um rein persönliche Zwecke; der Correalgläubiger will die ganze Forderung für sich haben, der Miteigenthümer eines servitutberechtigten Grundstücks will die Servitut nur um seinen Grundstücksantheil recht nutzbar zu machen ausüben, der Correalschuldner verpflichtet sich bloß deshalb aufs Ganze, weil er den Credit für sich haben will u. s. w. Hier den Einzelnen keine Theilnahme an dem Rechte gewähren, welches ihrer Gesammtheit zusteht, hieße wiederum die Erreichung der angestrebten Zwecke unmöglich machen; es könnte nämlich der Einzelne dies Recht niemals allein ausüben noch allein darüber verfügen; beides stände vielmehr nur der Gesammtheit zu; ja da diese Gesammtheit keine Verfassung besitzt wie die Corporation, noch sich selbst zu einer Verfassung eignet, so würden die Einzelnen selbst schlechter gestellt sein als die Corporationsglieder; in der Corporation entscheidet wenigstens die einfache oder Zweidrittelmajorität der Vorsteher oder der Mitglieder; unsre Verhältnisse aber, die selbst unter zwei Personen Anwendung finden, sind für Majoritäten

unempfänglich. Dazu tritt noch ein andrer Umstand. Weil nämlich diese nicht corporativen Verbindungen rein persönliche Zwecke ihrer Glieder verfolgen, so treten die daraus hervorgehenden Rechtsverhältnisse auf eine Linie mit denjenigen, welche jedes Glied für sich allein constituirt hat. Um concreter zu reden: der Correalgläubiger hat abgesehen von seiner Correalforderung noch eine Unzahl andrer Rechtsverhältnisse: Forderungen, Schulden, Eigenthum u. s. w., ebenso der Miteigenthümer des servitutberechtigten oder -verpflichteten Grundstücks u. s. w. Es ergiebt sich die Nothwendigkeit, die Beziehung dieser Rechtsverhältnisse zu jenen zu ordnen, festzustellen in welches Verhältniß beide zu einander treten, da beide auf demselben Grunde, auf der Verfolgung rein persönlicher Zwecke, beruhen. Auch dies ist in keiner andern Weise möglich, als indem man den einzelnen Gliedern der nicht corporativen Verbindungen die unmittelbare Theilnahme an dem der Gesammtheit zustehenden Rechtsverhältniß zuschreibt. Kurz, wenn man erwägt, daß die in jenen Rechtsverhältnissen stehenden Persönlichkeiten selbstständige Persönlichkeiten sind, eigne Zwecke verfolgen, und den Mittelpunkt für unzählige andre Rechtverhältnisse bilden, so ergiebt sich als practisches Resultat die Regel: das der Gesammtheit der vereinigten Personen gehörige Recht steht zugleich den Einzelnen zu; nur ausnahmsweise ist es wegen besondrer Gründe bei dem Rechte der Gesammtheit geblieben.

Wir sind nunmehr soweit gediehen um einerseits das Wort „Gesammtrechtsverhältniß" gebrauchen und erklären, andrerseits den Gegensatz zwischen dem Gesammtrechtsverhältniß und dem Rechtsverhältniß der Corporationsmitglieder ziehen zu können.

Ein Gesammtrechtsverhältniß ist dann vorhanden, wenn eine Berechtigung oder eine Verbindlichkeit in solcher Weise vorhanden ist, daß sie einerseits der Gesammtheit mehrerer Personen als solcher, andrerseits den Einzelnen völlig und ungetheilt zusteht *resp.* obliegt. Es besteht demnach einerseits eine Gesammtberechtigung *resp.* Verbindlichkeit, neben derselben aber eben soviel Sonderrechte *resp.* Verbindlichkeiten, als es Personen giebt, die

im Gesammtverhältniß stehen; um sofort ein Beispiel zu bringen, so ist die Correalobligation una obligatio und enthält doch plures obligationes, *duae species* obligationis: unusquisque perinde sibi acquisiit ac si solus stipulatus esset (l. 31. §. 1. de nov. 46, 2).

Der Gegensatz der in einer Corporation und in einem Gesammtrechtsverhältniß Stehenden ist folgender: Das Corporationsmitglied hat durch den Eintritt in die Corporation seine Persönlichkeit, seine gesammte Rechtssphäre erweitert; der Gesammtberechtigte *resp.* Gesammtverpflichtete hat seine Rechtssphäre um eine bestimmte Berechtigung oder Verbindlichkeit erweitert. Es ist ein ähnlicher Gegensatz wie zwischen Sclav und Schuldner, zwischen Hausvater und Gläubiger; der Sclav hat seine ganze Freiheit verloren, der Schuldner seine Freiheit des Handelns nach einer bestimmten Richtung, der Hausvater hat eine fremde Persönlichkeit ganz in sich aufgenommen, der Gläubiger beherrscht die fremde Persönlichkeit nach einer bestimmten Richtung. — —

Mit dieser Deduction glauben wir Das gegeben zu haben, was wir bei früheren Schriftstellern vermißten: eine innerliche Begründung der Möglichkeit, daß ein und dasselbe Recht Mehreren ganz und ungetheilt zusteht. Nunmehr darf man — um einem Einwand, der das active Gesammtrechtsverhältniß (die Gesammtberechtigung) allein berührt, zu begegnen — sich nicht mehr auf die Ausschließlichkeit der Rechte (des Eigenthums), auf die Regel »duorum in solidum dominium vel possessio esse non potest« u. s. w. berufen. Diese Regel setzt Fälle voraus, in denen die Zusammenfassung zweier Personen zu einer einzigen nicht geschehen ist, z. B. der abwesende Besitzer eines Grundstücks und der heimliche Occupant [1]). Wo hingegen diese Zusammenfassung stattgefunden hat, ist das Verhältniß ein ganz andres [2]); hier stützt jeder Einzelne sein Recht nur darauf, daß er Glied der Gesammtheit ist; er muß anerkennen, daß neben ihm noch andre Personen in der Gesammtheit stehen, d. h. er muß die Gleichberechtigung seiner Genossen anerkennen.

1) S. über diesen Fall Abschn. 2. §. 4. No. III. IV.

2) Deshalb werden wir trotz jener Regel Gesammteigenthum und Gesammtbesitz im römischen Recht nachweisen.

Die Ausschließlichkeit, welche jedem Recht von Anfang an in absoluter Weise innewohnt, wird im Gesammtrechtsverhältniß zu einer relativen; ein jeder Genosse ist dem Dritten gegenüber ausschließlich berechtigt, er ist es aber nicht ausschließlich dem andren Genossen gegenüber.

Freilich entsteht auf diese Weise bei der Gesammtberechtigung eine Collision; aber diese Collision ist keine Collision des Rechts, sondern eine Collision der Ausübung. Es ist keine Collision des Rechts: denn es liegt im Begriff des Rechts, daß es dem andern Genossen gegenüber nicht ausschließlich geltend gemacht werden dürfe: aber es ist eine Collision der Ausübung: denn wie wenn beide Genossen von dem Recht zugleich Gebrauch machen wollen? Dazu tritt der Umstand, daß durch Ausübung des Rechts gegenüber dem Dritten zuweilen das Recht selbst ganz aufhört (so z. B. bei obligatorischen Rechten), oder daß es durch Verhandlungen mit dem Dritten eine bestimmte Modification erfährt (z. B. wenn der Miteigenthümer eines servitutberechtigten Grundstücks die Servitut einklagt oder darauf verzichtet). Ja, selbst bei Gesammtverpflichtungen lassen sich solche Collisionen denken; denn wie wenn ein Miteigenthümer eines servitutpflichtigen Gegenstandes einen Proceß über die Servitut verloren hat, oder wenn ein Correalschuldner eine Culpa begeht?

Für solche Collisionen müssen natürlich Vorkehrungen getroffen werden; es muß ausgesprochen werden ob der Correalgläubiger die Forderung eintreiben, der Correalschuldner die Genossen durch Culpa in Mitleidenschaft ziehen dürfe, ob der Proceß, den der Miteigenthümer des herrschenden oder dienenden Grundstücks wegen der Servitut anstellt, auf die nicht klagenden Genossen Einfluß übt, so daß sie aus dem Erkenntniß als einer res *non* inter alios acta berechtigt und verpflichtet werden u. s. w.

Und hierin bewährt sich die Meisterschaft der römischen Juristen. Wäre der Begriff des Gesammtrechtsverhältnisses dem römischen Recht fremd, so würden wir darin eine Lücke sehen, die als sprechender Beweis dafür gelten müßte, daß die römischen Juristen nicht die höchste Stufe in der Erkenntniß und der Construction der Privatrechte erreicht haben. Wir können nicht allein den Vorwurf ab-

wenden, wir dürfen mehr sagen: das Gesammtrechtsverhältniß tritt im R. R. in so verschiednen Gestaltungen auf, es schmiegt sich dem Character und Wesen des einzelnen Rechtsinstituts so sehr an, daß wir uns keine Form denken können, welche nicht bereits von den Römern ausgebildet worden wäre. Man behauptet allgemein, daß jeder Correalgläubiger die Forderung unbedingt eintreiben dürfe, wir werden eine Species der Correalobligation nachweisen, in welcher die Ausübung der Gläubigerrechte zwischen den Gläubigern der Zeit nach getheilt sind und eine andre, bei welcher nur beide zusammen die Forderung ausüben dürfen[1]). Das Gesammtrechtsverhältniß im Erbrecht tritt gleichfalls in zwei Gestaltungen auf: bei den Miterben im Accrescenzrecht, bei dem eingesetzten Pupillen und Substituten in einer Theilung der Ausübung der Erbschaftsrechte der Zeit nach. In der Vormundschaft treten die Vormünder zuweilen als geschloßne Einheit, zuweilen einzeln als vollberechtigt auf. In der Servitutenlehre darf der Gesammtservitutberechtigte wohl einen Proceß über die Servitut mit voller Wirkung führen, nicht aber auf sie verzichten. Ja, bei der dos communis ist es um die Tochter gegenüber dem Vater, den Vater gegenüber der Tochter zu sichern, dahin gekommen, daß sich nicht einmal Sonderrechte gebildet haben, und daß der eine ohne den andren nicht Zahlung empfangen, ja nicht einmal klagen darf. Dieser Umstand ist es der, je mehr wir die Entwicklung und Gestaltung des Gesammtrechtsverhältnisses in den einzelnen Instituten verfolgten, desto mehr unsre Bewundrung für römischen Scharfsinn und römische Einsicht in die concreten Lebensverhältnisse hervorrief. Deshalb giebt es fast kein Institut, das sich dem Gesammtrechtsverhältniß verschlossen hätte: Eigenthum, Besitz, dingliche Rechte, unter diesen wieder persönliche wie Realservituten, Pfandrecht, Obligation, Dos, Vormundschaft, Potestas dominica, Patronat, Erbrecht; es war dies nur möglich, indem man das Gesammtrechtsverhältniß den Anforderungen des concreten Instituts gemäß entwickelte. Nur väterliche und eheliche Gewalt sind ausgenommen: erstre weil sie auf der Zeugung beruht, letztre weil es keine Ehe mit mehreren Männern giebt. — —

1) S. Abschn. 6. §. 36. Abschn. 7. §. 37.

Nachdem wir unsre eigne Ansicht über die juristische Construction der Gesammtrechtsverhältnisse dargelegt, müssen wir auf die Ansichten der Schriftsteller unsrer Zeit eingehen. Dieselben sind, da der allgemeine Begriff der Gesammtrechtsverhältnisse bisher nicht recipirt ist, selbstverständlich nur bei der Beurtheilung zweier Institute aufgestellt worden: des Gesammteigenthums und der Correalobligation; mit jenem haben sich die Germanisten, mit dieser die Romanisten beschäftigt.

Was nun das Gesammteigenthum betrifft, so kennt es Eichhorn [1]) nur als besondren Namen, nicht als Bezeichnung für den Character eines Instituts. Nachdem er die Vergabungen von Todeswegen und die Markgenossenschaften geschildert, erklärt er Beides als „moralische Person", deren Mitgliedern selbstständige Nutzungsbefugnisse zustehen, und fügt sodann hinzu: „daher besitzen die Einzelnen, als Subject des Eigenthums betrachtet, dieses immer ungetheilt (condom. pro indiv., in solidum) Gesammteigenthum". Will man nicht Eichhorn mit dem Vorwurf des Sichselbstwidersprechens beschweren, so muß man wohl jene Worte so auffassen: „wollte man aber die Einzelnen als Eigenthumssubjecte auffassen, so mußte man wenigstens ein ungetheiltes (untheilbares?) Eigenthum nach intellectuellen Theilen annehmen". Beseler [2]) kennt zwei Arten von Gesammteigenthum: die eine innerhalb einer Corporation (Realgemeinde, Markgenossenschaft, Zünfte), wobei neben dem Rechte der Gesammtheit selbständige Sonderrechte der einzelnen Mitglieder bestehen, die andre in nicht corporativen Verbindungen (Gesammthand, Vergabung von Todeswegen, Gütervereinigung unter Lebenden, namentlich die eheliche Gütergemeinschaft). Beseler stellt sodann gemeinsame Regeln für das Rechtsverhältniß der Gesammteigenthümer auf [3]), allein

1) Deutsches Privatr. §. 168. 169. Ihm scheint Wolff (d. Pr. §. 108.) zu folgen; er erklärt das Gesammteigenthum als Eigenthum einer Genossenschaft, und letztre hinwiederum als juristische Person des deutschen Rechts.

2) Deutsch. Privatr. Bd. 2. §. 83. Vgl. überdies die vortrefflichen Ausführungen in Beselers Erbvertr. 1, 73—95, welche den Ausgangspunkt für die ganze spätre deutschrechtliche Literatur bilden, und ferner Volksrecht und Juristenrecht S. 158—194.

3) Es sind dies folgende drei:

a) Die volle Herrschaft über eine Sache können nicht mehrere Personen

eine Begriffsbestimmung unterläßt er, da er das Gesammteigenthum für „keinen einheitlichen Rechtsbegriff" hält. — Bluntschli meint, die volle Herrschaft des Menschen über die Sache sei in zwei Hauptformen möglich: 1) als Alleinherrschaft der einzelnen Individuen über einzelne Sachen; diese Art betone die Ausschließlichkeit mit Nachdruck, das Individuum wolle für sich allein herrschen; 2) als Gemeinherrschaft, als Herrschaft in Gemeinschaft; diese lege nicht auf individuelle Beherrschung für sich, sondern auf die Gemeinschaft der Beherrschung den Nachdruck, und die Rücksicht auf Ausschließlichkeit trete ganz in den Hintergrund; dies sei das Gesammteigenthum. Trotzdem nun Bluntschli hinzufügt, daß dies nicht Miteigenthum sei, so vermögen wir doch nicht anders in dieser Begriffsbestimmung zu erkennen; eine andre Frage ist es, ob die Regeln vom Miteigenthum auf die von Bluntschli zum Gesammteigenthum gestellten Institute passen; die Beantwortung dieser Frage hat aber offenbar mit jener Begriffsbestimmung nichts zu thun; letztre enthält darum nicht weniger bloß ein Miteigenthum, und zwar wie es scheint, ein unauflösliches. Als wesentlich mit Bluntschli übereinstimmend ist Stahl zu nennen; „die innerste Bedeutung (schreibt er [1]) des Gesammteigenthums ist, daß es zwar den Menschen, den Individuum zukommt, aber nicht wie das römische Eigenthum in ihrer Isolirtheit, sondern in einer organischen Verbundenheit". Mittermaier und Gerber [2]) hingegen verwerfen den Begriff und den Namen des Gesammteigenthums völlig, Philipps [3]) leugnet das Gesammteigenthum und nimmt nur eine Gesammtgewere an.

gleichzeitig neben einander ausüben; die Möglichkeit des Gesammteigenthums liegt daher in der besondren Beschaffenheit des Rechtssubjects.

b) Es muß immer eine solche Vertheilung der Eigenthumsrechte unter der Gesammtheit und unter den einzelnen Genossen oder unter diesen stattfinden, daß im bestimmten Fall ein entscheidender Wille sich geltend machen kann.

c) Das Sonderrecht der einzelnen Genossen steht dem Recht der Gesammtheit selbständig gegenüber, es erlischt daher auch nicht nothwendig mit der Auflösung der Vereinigung, und schließt namentlich bei Aufhebung der Corporation den Anfall des Vermögens an den Fiscus aus.

1) Rechtsphilos. Bd. 2. Buch 3. §. 41. (3. Auflg. S. 386).

2) Mittermaier d. Pr. §. 155. (7. Auflg.), Gerber d. Pr. §. 77.

3) Philipps d. Pr. Bd. 1. S. 233 ff. 304. 377. (1. Auflg.)

Was die Correalobligation betrifft, so erklärte schon ihr Schöpfer Ribbentropp [1]), daß „die directe Beziehung derselben ungetheilten Obligation auf mehrere Gläubiger und Schuldner, diese gleichzeitige Existenz derselben Forderung oder Verbindlichkeit in mehreren Personen etwas Befremdendes, den Begriff der Obligation Widersprechendes zu haben scheint". Nichtsdestoweniger folgte ihm die Doctrin bis in die neueste Zeit; sie fügte sich darein, daß sie mit den scharfsinnigen Resultaten der Forschungen Ribbentropps jenes „Befremdende, dem Begriff der Obligation Widersprechende" übernehmen müsse. Da wurde im vergangnen Jahrzehnt die Polemik begonnen; von Rückert eröffnet, von Kuntze und Helmolt fortgeführt, welche sämmtlich den einheitlichen Character der Correalobligation bestritten, rief sie in Girtanner und Fitting [2]) die Begründer einer neuen Theorie, in Savigny, Brinz, Windscheid, Bekker und Samhaber die Vertheidiger der alten Einheitstheorie hervor. Girtanner und Fitting sehen in der Correalobligation eine subjectiv-alternative Obligation, bei der es bis zu einem gewissen Acte ungewiß sei, wer der Gläubiger resp. der Schuldner sei; es ist ihnen mit Recht von Windscheid entgegengehalten worden [3]), daß die neue Theorie nicht quellengemäß sei, und sodann daß während der Zeit der Ungewißheit diese Theorie zu einer subjectlosen Obligation führt, d. h. zu einem Verhältniß, welches nicht geringre Schwierigkeit als das von Ribbentropp statuirte bietet.

Von den obengedachten Vertheidigern der Einheitstheorie hat sich nur Windscheid mit dem zu lösenden Problem beschäftigt. Er versteht unter Recht ein Wollendürfen und zwar nicht eines bestimmten Subjects, sondern um eines bestimmten Subjectes willen, und er erklärt es von diesem Standpunkt aus für nicht widersprechend, daß ein Recht um mehrerer Subjecte willen vorhanden sei. Der Schluß wäre richtig, wenn die Prämisse es wäre; es ist aber vielmehr Regel, daß der Berechtigte auch wollen dürfe; die

1) Correalobl. S. 14.

2) Von Girtanner ward die neue Theorie bloß kurz skizzirt, von Fitting genau begründet. (Die literarischen Nachweisungen werden wir in Abschn. 6. geben). Ihnen ist später Stintzing beigetreten.

3) S. krit. Vierteljahrsschr. Bd. 3, 161 ff., namentlich S. 164 f., 167 f.

Ausnahmefälle der Handlungsunfähigen enthalten Unvollkommenheiten, solch' unvollkommne Zustände können nicht die Regel alteriren; am wenigsten wird man in der Correalobligation, dem scharfsinnigen Gebilde römischer Jurisprudenz, eine ähnliche Unvollkommenheit erblicken wollen. — —

Wir haben zum Schluß noch eine Frage zu beantworten: welches sind die Gründe, aus denen das Gesammtrechtsverhältniß hervorgeht? Bereits im Früheren sind sie angedeutet worden: Wille der Personen, Natur des Rechtsinstituts und Gesetz.

Der erste gesetzliche Fall des Gesammtrechtsverhältnisses ist die dos communis patri et filiae, jene anomale Species, bei welcher die Sonderrechte fehlen; der Grund ihrer Einführung liegt im Princip des römischen Rechts: reipublicae interest mulierum dotes salvas esse: sie enthält eine Beschränkung der Rechte des Hausvaters in der Gestalt des Gesammtrechtsverhältnisses. Der zweite Fall ist die Intestaterbschaft; denn das Gesetz beruft nicht einen bestimmten Verwandten, sondern eine Classe von bestimmter Qualität.

Die beiden andren Fälle lassen sich auf ein gemeinsames Princip zurückführen: die Ungetheiltheit resp. die Untheilbarkeit. Soll ein Rechtsverhältniß, trotzdem es theilbar ist, ungetheilt sein (Eigenthum, Besitz, Pfand, Obligation, testamentarisches Erbrecht), oder ist es an sich untheilbar (Servitut, Familienrechte), so muß bei der Concurrenz Mehrerer, da das Rechtsverhältniß ein einiges bleiben muß, eine Vereinigung der Personen in eine einzige erfolgen. Zwar könnte bei einzelnen Gesammtrechtsverhältnissen (Miterben und Collegataren) dadurch ein der Gesammtberechtigung annäherndes Resultat erreicht werden, wenn man die einzelnen Personen als theilweis unbedingt theilweis bedingt berechtigt erklärte [1]), und so ist z. B. das Accrescenzrecht als bedingte Substitution aufgefaßt worden; allein das Resultat wäre eben nur annähernd [2]) gleich.

1) S. Abschn. 8. §. 40.

2) Es läßt sich z. B. nach jener Ansicht nicht erklären, weshalb auch nach dem Tode des Bedachten accrescirt, während der Substitut den Anfall erleben muß. Auch kann (wie wir in Abschn. 8. §. 44. nachweisen werden) der Substitut zuweilen ausschlagen; der Accrescenz tritt hingegen immer ipso jure ein.

Zweiter Abschnitt.

Gesammtbesitz.

§. 4. Was lehren die Quellen über den Besitz Mehrerer ohne intellectuelle Theilung?

In keinem Theile des Rechts scheint die Lehre von der Gesammtberechtigung klarer zu liegen als im Besitz: wir wissen, daß die römischen Juristen darüber controvertirten, und wir können sogar zum Theil die Argumentationen, deren sie sich bedienten. Dennoch aber läßt sich nicht leugnen, daß die Darstellung der Materie ihre eigenthümlichen Schwierigkeiten hat; dieselben liegen zum Theil darin, daß die Controverse selbst zur Zeit der letzten classischen Juristen nicht ausgetragen ist, ja daß nach Lage der Quellen nicht einmal das zu Justinians Zeit geltende Recht sich vollständig und mit Sicherheit entnehmen läßt, zum Theil darin, daß das was in den Quellen mit possessio duorum in solidum bezeichnet wird, mit unsrem Begriff „Gesammtrecht" durchaus nicht zusammenfällt.

Es wird gut sein, zunächst die Fälle, in welchen die Quellen den Besitz Mehrerer zu gleicher Zeit und ohne intellectuelle Theilung statuiren, ohne Rücksicht darauf ob die Juristen darüber einig waren oder nicht, festzustellen, nach dieser Feststellung aber zu untersuchen, ob dieselben einen Gesammtbesitz enthalten oder nicht. Jene Fälle scheinen folgende zu sein:

1) der Pfandgläubiger und Verpfänder.
2) der welcher ein Precarium gegeben und der welcher es empfangen hat.

Sodann der Fall der justa und injusta possessio, nämlich

3) der abwesende Besitzer eines Grundstücks und dessen Occupant.

4) der Dejicient und der Dejicirte.

Hierzu tritt

5) der Grundstücksbesitzer und der Superficiar,

welchen Fall Kierulff[1]) gleichfalls als Abart der poss. duor. in sol. erklärt.

I. Der Pfandgläubiger und Verpfänder. Während die herrschende Lehre dem Pfandgläubiger den ausschließlichen Besitz des Pfandes giebt, nimmt Kierulff[2]) eine Theilung zwischen ihm und dem Verpfänder in der Weise an, daß der Verpfänder zum Zweck der Usucapion, der Pfandgläubiger aber in jeder andern Hinsicht besitzt. Bruns[3]) hingegen behauptet, daß dies nur die Lehre der ältren römischen Juristen, wahrscheinlich der Sabinianer, gewesen, die spätren hätten nur dem Gläubiger den Besitz zugeschrieben. Dabei stützt sich Bruns einerseits auf l. 16. de usurp. 41, 3. (von dem Sabinianer Javolen) und l. 1. §. 15, l. 36. de poss. 41, 2. (von dem Sabinianer Julian), in denen jene eben besprochne Theilung vorgenommen wird; andrerseits auf l. 35. §. 1. l. 37. de pign. act. 13, 7 (von Florentin und Paulus), worin nur der Pfandgläubiger als Besitzer bezeichnet wird. Allein die Fragmente von Florentin und Paulus dürfen unsres Erachtens nicht in Betracht kommen; sie behandeln beide ein Pfand, welches vom Eigenthümer, nicht vom Usucapienten bestellt ist: in solchem Falle fällt natürlich die Beziehung auf die Usucapion weg, und der Verpfänder hat deshalb in keiner Hinsicht Besitz:

l. 35. §. 1. cit. (Florent.): Pignus manente *proprietate debitoris* solam possessionem transfert ad creditorem...

l. 37. cit. (Paul.): Si pignus mihi traditum locassem *domino*, per locationem retineo possessionem.....

1) Civilrecht S. 368; Kierulff nimmt außerdem noch zwei Fälle an: das Pfand und das Precarium; das Nebeneinanderbestehen von justa und injusta possessio erklärt er für einen Irrthum.

2) Civilrecht S. 369.

3) Besitz S. 12.

Ein Streit unter den römischen Juristen geht demnach aus diesen Stellen nicht hervor; und zu dieser Auffassung stimmt sehr gut der Umstand, daß dem usucapirenden Verpfänder nirgends (auch nicht von den spätren Juristen) accessio temporis gewährt wird; er bedarf derselben nicht, eben weil er ad usucapionem fortbesitzt. Freilich entsteht die Frage, wie derselbe Paulus, der sich in l. 3. §. 5. de poss. so energisch gegen die poss. duorum in solidum ausspricht, der Theilung des Besitzes zwischen zwei Personen beitreten konnte; diese Frage werden wir in §. 5. erörtern; vorläufig mag jedoch darauf hingewiesen werden, daß Paulus in l. 3. §. 5. cit. überhaupt nicht des Pfandes gedenkt; wir werden daraus den Schluß ziehen, daß in dem Faustpfand keine poss. duor. in *solidum* enthalten ist.

II. Der welcher ein Precarium gegeben und der welcher es empfangen hat. Es ist bekannt, daß in dieser Beziehung eine Controverse der Juristen bestand; Sabinus, Trebatius, Pomponius [1]) waren für den Besitz Beider, und zwar nahmen sie nicht etwa (analog dem Faustpfandbesitz) eine Theilung des Besitzes vor — etwa in der Weise, daß der precario rogatus gegenüber dem Precaristen, der Precarist gegenüber jedem dritten besitze; vielmehr berichtet Paulus in l. 3. §. 5. de poss., daß sie Beiden poss. in *solidum* zuschrieben. Sicher ist, daß Paulus ihnen entgegentrat; zwar hat Witte [2]) behauptet, daß Paulus nur die Trebatische Ansicht von der poss. in solidum des justus und injustus possessor verwerfe; allein gewiß mit Unrecht: Labeo tritt allerdings nur dem Trebatius entgegen, Paulus aber sowohl diesem als Sabinus; dies beweist sein Motiv:

> non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco in quo ego sto, vel in quo ego sedes tu sedere videaris.

Von andren Juristen läßt sich die Meinung von Celsus, Julian und Ulpian durch Rückschlüsse feststellen. Aus Celsus' Aeußerung

---

1) l. 3. §. 5. de poss. 41, 2. l. 15. §. 4. de prec. 43, 26. Selbstverständlich wird vorausgesetzt, daß die Bitte des Precaristen gerichtet war auf ut sibi possidere liceat, nicht auf ut in possessione esset (l. 10. §. 1. de poss. 41, 2. l. 6. §. 2. de prec. 43, 26).

2) Zeitschr. f. Civ. u. Proz. N. F. 18, 253.

in l. 5. §. 15. comm. 13, 6 (Celsus ait, duorum in solidum dominium vel possessionem esse non posse) folgt die Verneinung des Solidarbesitzes. Ebenso mußte Julian nach seinem in l. 19. pr. de prec. 43, 26. ausgesprochnen Princip:

neque justae neque injustae possessiones duae concurrere possunt

den Solidarbesitz des precario rogatus und rogans verneinen, da bekanntlich die poss. precaria bis zum Widerruf justa ist[1]). Ulpian scheint aus einem doppelten Grunde derselben Ansicht zu sein, — einmal führt er in l. 3. pr. uti poss. 43, 17. als Beispiele der poss. in sol. nur die poss. violenta und clandestina, nicht aber die precaria an, was doch sehr nahe lag, und nur daraus erklärt werden kann, daß er im Precarium keinen Solidarbesitz zugiebt. Zwar wird man uns die seit Savigny allgemein angenommne Interpretation der Lex entgegenhalten; man wird sagen, Ulpian wolle seine Gegner durch das aufgestellte Beispiel ad absurdum führen, er sei überhaupt nicht Anhänger der poss. duor. in sol., und unsre hiervon ausgehende Argumentation sei nicht stichhaltig. Man erwäge indeß, daß Savigny seine Interpretation nur durch Umänderung des handschriftlichen vincetur in vinceretur halten kann; man erwäge ferner daß, wie wir unten bei Erörterung von l. 6, §. 1. de poss. 41, 2. zeigen werden, Ulpian sicherlich in der clandestina possessio einen Solidarbesitz findet; man erwäge endlich, daß von der ironischen Absicht, die Savigny Ulpian unterschiebt, in den Worten der Lex keine Spur zu entdecken ist, und man wird dann wohl zugeben, daß wir uns nicht ohne Grund auf l. 3. pr. cit. berufen. — Der zweite Grund für unsre Auffassung ist der Umstand, daß Ulpian in l. 13. §. 7. de poss. den precario rogatus die accessio temporis gewährt; er bedurfte dieser nicht, wenn er besäße. Witte[2]) setzt diesem Argument den Einwand entgegen, daß l. 13. §. 7. cit. — wie aus der Inscription der Lex verbunden mit der von l. un. de int. utrubi 43, 31. hervorgehe —

1) Ein Beweis, daß die ganze Controverse keine Controverse der beiden Schulen war; denn Julian ist Sabinianer, Celsus ein Proculianer. A. M. ist Bruns Besitz S. 12.

2) Zeitschr. f. Civ. u. Proz. N. F. 18, 254.

nur von der acc. temp. beim Interdictum utrubi, nicht von der bei der Usucapion handle. Es mag dies zugegeben werden [1]), wiewohl zugleich bemerkt werden soll, daß z. B. Venulejus in seinem Interdictencommentar die acc. temp. bei beiden Rechtsverhältnissen darstellt [2]). Allein selbst der Umstand, daß bei dem int. utrubi die acc. temp., gewährt wird, genügt uns, um von Ulpian zu behaupten, er habe im Precarium keine poss. duor. in sol. angenommen; besitzt der precario rogatus, so braucht er beim Utrubi die acc. poss. nicht. Zwar meint Witte, es sei zwischen Usucapion und Utrubi ein Unterschied zu machen; Ulpian habe quoad interd. dem Precaristen, quoad usucap. dem precario rogatus Besitz zuzuschreiben [3]), und daher habe letztrer bei Anstellung des Utrubi der acc. temp. bedurft. Es ist indeß bereits hervorgehoben worden, daß sich eine solche Theilung des Besitzes, wie sie beim Faustpfand sich wirklich in den Quellen vorfindet, beim Precarium in keiner Weise hervortritt; wäre dies die Meinung von Sabinus u. s. w. gewesen, so hätte Paulus in l. 3. §. 5. de poss. ihrer ebensowenig gedacht wie des Faustpfandes. — Dies ist das Ergebniß nach Lage der Quellen. Es ist nicht zuviel behauptet, wenn Savigny die Aufnahme der l. 15. §. 4. de prec. 43, 26. (Pompon.) eine Inconsequenz nennt; der Vorgänger des Pomponius, Celsus, der Zeitgenosse derselben, Julian, und die spätren Ulpian und Paulus haben sämmtlich die Ansicht jener verworfen. Zudem führt Pomponius ganz unhaltbare Gründe an: der Besitz soll beim Precaristen sein »quia possederat corpore«, und bei dem prec. rogatus »quia non discesserit animo possessione«. Allein einerseits wird durch bloßes corpus kein Besitz ergriffen, andrerseits giebt es zwar eine poss. solo animo, aber nur bei Grundstücken und Sclaven und bei erstren sogar nur bei vorübergehender Entfernung des Besitzers. (S. unten III. S. 102).

III. Der abwesende Besitzer eines Grundstücks und

1) Die Compilatoren jedenfalls bezogen die l. 13. auf die Usucapion.

2) L. 15. de div. temp. praeser. 44, 3; das Principium handelt von der Usucapion; gewiß sind auch hierauf §. 1—4. zu beziehen; hingegen §§. 5. 6. können nur auf das int. utrubi gehen.

3) So auch Vangerow Pand. I, 410, Windscheid Pand. §. 154. N. 5.

dessen Occupant. Die herrschende Ansicht bestreitet, daß in diesem Falle eine poss. duor. in sol. stattfinde; zwar giebt sie zu, daß einige römische Juristen (Trebatius, Julian[1]) diese Ansicht gehabt, indeß behauptet sie, daß mit dem Abschluß der classischen Jurisprudenz die Frage in entgegengesetztem Sinne entschieden; denn Celsus, Paulus und Ulpian[2]) hätten den Solidarbesitz verworfen. Diese Ansicht ist neuerdings von Witte angefochten worden[3]); er statuirt auch hier eine Theilung des Besitzes zwischen dem Abwesenden (quoad usucap.) und dem Occupanten (quoad interdicta); zugleich meint er, dieselbe finde nur dann Statt, wenn der Besitzerwerber in mala fide sei; wäre er in bona fide, so sei der Besitz des Abwesenden völlig aufgehoben.

Wir haben gegen Witte zweierlei einzuwenden. Einmal die Unterstellung, daß die römischen Juristen auch hier eine Besitztheilung beliebt hätten; nirgends findet sich hierfür ein Quellenzeugniß, vielmehr nennen Paulus und Ulpian den in Frage stehenden Fall eine poss. duor. in *solidum*. — Sodann die Behauptung, daß nur wenn der Occupant in mala fide sich befinde, der Abwesende als Besitzer gelte. Auf diesen Punkt werden wir später ausführlich zurückkommen.

Allein darin, daß Witte den Solidarbesitz nicht als definitiv im R. R. verworfen ansieht, muß man ihm u. E. zugeben. Bleiben wir, da Trebatius und Julian ihre Ansicht nicht an practischen Fällen gezeigt haben, bei Paulus und Ulpian stehen.

Was Paulus betrifft, so verwirft derselbe den Solidarbesitz in l. 3. §. 5. de poss. 41, 2. allerdings ganz entschieden. Wäre derselbe consequent gewesen, so hätte er, da er dem Abwesenden trotz der Occupation den Besitz zuspricht[4]), den Occupanten für einen Nichtbesitzer erklären und ihm das Recht zur Anstellung von Interdicten absprechen müssen. Nichtsdestoweniger schreibt er in

l. 2. uti poss. 43, 17: Justa enim an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert....

1) l. 3. §. 5. de poss. 41, 2. l. 19. pr. de prec. 43, 26.
2) l. 3. §. 5. l. 6. §. 1. de poss. 41. 2. l. 3. pr. uti poss. 43, 17.
3) Zeitschr. f. Civ. u. Proz. N. F. 18, 256 ff.
4) Die l. 7. de poss. 41, 2. rührt von ihm her.

Wir fürchten nicht die Einwendung zu hören, daß der Occupant als heimlicher Besitzer gar keine, auch keine poss. injusta habe, und daß er deshalb nicht unter die Lex subsumirt werden dürfe. Denn es läßt sich aus der Fassung des int. uti possidetis sowie aus l. 3. §. 9. uti poss. und l. 6. §. 1. de poss. (von Ulpian) beweisen, daß der Occupant die Interdicte hat. Die alte Fassung des int. uti poss. ist bekanntlich die, daß dem sog. justus possessor (Dejicirte, Abwesende) dem sog. injustus possessor gegenüber eine exceptio gegeben wird: die exceptio quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides[1]). Schon darin ist ausgesprochen, daß der Occupant der Besitzer ist, der Abwesende dagegen Nichtbesitzer; wäre es anders, so würde letztrer keiner Exceptio bedürfen, sondern durch einfaches Bestreiten den Gegner zurückgeschlagen haben; es wird aber vielmehr der absens mit dem dejectus ganz gleich behandelt, eine exceptio clandestinae wie violentae possessionis gegeben und auf den Grundsatz, daß der Abwesende den Besitz fortsetze, vom Prätor keine Rücksicht genommen.

Das Bedenkliche dieser noch im Edict und in der Jurisprudenz fortdauernden exc. clandest. poss. ist Savigny nicht entgangen. „Wenn jemand", schreibt derselbe[2]), nachdem er ausgeführt, daß es in alter Zeit ein int. de cland. poss. gegeben habe, das aber später weggefallen sei, „mein Grundstück heimlich occupirt, und nun sogleich das uti poss. gegen mich anstellt, so daß ich erst durch diese Klage die Occupation erfahre, so war zu dem alternativen Erfolg der versuchten erlaubten Selbsthilfe noch gar keine Gelegenheit, und es konnte daher das ganze Streitverhältniß nicht einfacher und befriedigender erledigt werden als durch unveränderte Beibehaltung der alten exc. cland. poss.« Das Gesuchte des von Savigny supponirten Falles liegt auf der Hand: sollte wirklich jemals ein Occupant so keck sein, nach der Occupation sofort das Interdict gegen den Abwesenden anzustellen? Aber sehen wir davon ab, so vermögen wir in der unveränderten Beibehaltung der alten exc. cland. poss. vom Savigny'schen Standpunkte aus keine einfache und befriedigende Erledigung zu erkennen; denn um es zu

1) l. 1. §. 5. uti poss. 43, 17.
2) Besitz S. 554.

wiederholen: der Abwesende bedarf — vorausgesetzt daß der Occupant nicht als Besitzer gilt — keiner Exceptio. Nur vermöge dieser Exceptio weiß Ulpian dem Abwesenden zu helfen:

> l. 1. §. 9. uti poss. 43, 17: quod ait praetor in interdicto »nec vi nec *clam* nec precario alter ab altero possidetis« u. s. w.

und erkennt damit mittelbar an, daß der Occupant besitze. Unmittelbar ausgesprochen ist der Besitz des Occupanten von Ulpian in

> l. 6. §. 1. de poss. 41, 2: Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit, et dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere, Labeo scribit. Retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit. Verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere, non clam.

Bekanntlich liest Savigny nach einigen Drucken resp. Handschriften [1]) den letzten Satz so:

> *unde* si revertentem dominum non admiserit, vi magis *intelligitur* possidere, non clam.

Er gelangt hierdurch zu folgender historischer Interpretation. Die Annahme, daß der Abwesende trotz der Occupation besitze, enthält etwas Anomales; sie war auch zu Labeos Zeit keineswegs geltend, erst später kam sie auf; Ulpian berichtigt deshalb auch den Labeo, er erklärt daß der Abwesende vor der Hand allein besitze, und daß erst, wenn er bei seiner Rückkehr nicht eingelassen wird, der Besitz auf den Occupanten übergehe, so daß dieser violentus possessor werde. Dabei bezieht sich noch Savigny darauf, daß es nach dem Principium der Lex bei Beurtheilung der Besitzqualität auf die origo nanciscendae, nicht auf die ratio obtinendae possessionis ankomme; es würde auffallend sein, wenn Labeo und Ulpian den Occupanten zuerst als clandestinus, sodann als violentus possessor auffaßten, und doch führe jede andre Interpretationsweise der Lex zu dieser Annahme hin.

Witte entgegnet Savigny, daß nach seiner Auffassung das ergo (in retinet ergo . . .) unerklärlich sei, sowie daß das Principium

1) Besitz S. 111 f.

der Lex bloß vorschreibe, es solle bei der Frage, ob der Besitz überhaupt vitiös sei, nicht aber bei der Frage, an welchem Vitium er leide, auf den Anfang des Besitzes zurückgegangen werden. Diese Entgegnung ist richtig [1]), allein wir halten dafür, daß mit diesen Gründen Savigny durchaus nicht widerlegt ist. Savigny hat sich auf andre Leges berufen, deren Witte überhaupt nicht gedenkt.

Zuerst auf l. 18. §§. 3. 4. de poss. 41, 2:

> Celsus: Si dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit, non desiisse illico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus simul atque sciero. Rursus si cum magna vi ingressus est exercitus, eam tantummodo partem quam intraverit obtinet.

„Also (meint Savigny) nur wenn es wahrscheinlich ist, daß ich den Andren vertreiben würde, von welcher Beschränkung Papinian u. s. w. kein Wort mehr sagen, soll mir der Besitz durch jene Fiktion erhalten werden, außerdem nicht, doch soll außerdem wenigstens das Besondre eintreten, daß der neue Besitz nur auf den Theil des Grundstücks sich erstreckt, der unmittelbar betreten worden ist". Allein diese Argumentation ist nicht haltbar. Die Stelle von Celsus gehört überhaupt nicht hierher; sie handelt von einem Besitzer, welcher in alia parte fundi sich aufhält, nicht von einem Abwesenden, während der Grundsatz, daß die Occupation den bisherigen Besitz des Grundstücks nicht aufhebt, nur für abwesende Besitzer gilt, welche solo animo besitzen [2]). Celsus meint, der Occupant, welcher ohne Begleitung ein Grundstück animo possessoris betritt, hat noch keine Herrschaft über dasselbe, und also noch keinen Besitz; ähnlich wie Javolen sich in l. 22. de poss. äußert:

> non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est, ut eam retinere non possit;

thut dies hingegen nicht ein Einzelner, sondern eine ganze Menge, so hat sie die Herrschaft über den betretnen Theil, über den Theil

---

1) In l. 4. pr. pro uno 41, 10. wird sogar ein Fall für clandestina possessio erklärt, auf welchen die Definition des Pomponius überhaupt nicht paßt.

2) l. 25. §. 2. l. 46. de poss. 41, 2. l. 1. §. 24. unde vi 43, 16. Vangerow Pand. §. 207. Anm. 1.

wo der Besitzer sich aufhält hingegen noch nicht, weil dieser hier noch Herr geblieben ist.

Sodann beruft sich Savigny auf l. 25. §. 2. de poss. 41, 2:

> Pompon.: quod autem solo animo possidemus, quaeritur utrumne usque eo possidemus donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio? an vero, *quod quasi magis probatur*, usque eo possideamus, donec revertentes non aliquis repellat, aut nos ita animo desinamus possidere quod suspicemur repelli nos posse ab eo qui ingressus sit in possessionem? *et videtur utilius esse.*

Savigny scheint an den Worten »quod quasi magis probatur« und »et videtur utilius esse« Anstoß zu nehmen; er schließt daraus, die Annahme, daß der Abwesende besitze, sei zu Pomponius Zeit nicht von allen Juristen als entschiedne Regel betrachtet worden. Unsrer Ansicht nach weisen jene Worte nicht auf die Regel selbst, sondern auf ihre Begründung hin, welche Papinian ausführlich entwickelt:

> l. 44. §. 2. l. 46. de poss. 41, 2:... saltus aestivos et hibernos quorum possessio retinetur animo, quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret; ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur quo quaeri assolet, ita non debet ignoranti tolli possessio quae solo animo tenetur.

Es ist ein Lieblingssatz der römischen Juristen, daß Entstehung und Aufhebung eines Rechtsverhältnisses [1]) sich entsprechen müssen. Wir sagen „müssen", denn nicht allein das wird von den römischen Juristen gelehrt daß, wenn ein contrarius actus erfolgt, das Rechtsverhältniß natürlich aufhöre (solch eine Ansicht ließe noch andre Aufhebungsgründe daneben zu [2]), sondern sie gehen in dem so eben dargestellten Sinne weiter:

1) Nicht etwa bloß von Obligationen; man sehe l. 35. de reg. jur. 50, 17: nihil tam naturale est quam eo genere *quidque* dissolvere quo colligatum est; l. 153. de reg. jur. 50, 17: quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus.

2) Doch giebt es Juristenfragmente, in denen nur dies gelehrt wird: l. 35. l. 100. de reg. jur. 50, 17.

prout quidque contractum est, ita et solvi *debet*,

heißt es in l. 80. de sol. 46, 3. von Pomponius, und Papinian schreibt in l. 46. de poss.:

non *debet* ignoranti tolli possessio quae solo animo tenetur.

Offenbar ist dieser Satz unrichtig; Pomponius selbst kommt sofort in die Brüche, wenn er in l. 80. cit. also fortfährt:

quum *verbis* aliquid contraximus, *vel re vel verbis* obligatio solvi debet,

denn wie dürfte nach jenem Satze ein Verbalcontract nicht bloß durch verba sondern auch durch res aufgehoben werden? Ebenso ist nur jener Satz das Motiv gewesen, daß Paulus in l. 153. de reg. jur. 50, 17 schreibt:

fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis obligamur, quum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum.

Zwar interpretirt man heut' fast[1]) allgemein nach Savigny's Vorgang das »utrumque« als „eines von beiden", weil bekanntlich der Besitz vel animo vel corpore in contrarium acto verloren wird, allein der Gedankengang des Juristen läßt diese Interpretation nicht zu, wir erhalten vielmehr einen neuen Beweis, daß eben jener Lieblingssatz der römischen Juristen in dieser Allgemeinheit falsch ist. Es ist aber bekannt, daß Normirung von Principien nicht gerade die Tugend der römischen Juristen ist; das war Niemandem besser als ihnen selbst bewußt: omnis definitio in jure civili periculosa est.

Kehren wir zu l. 25. §. 2. de poss. zurück. Die Fortdauer des Besitzes des Abwesenden trotz der heimlichen Occupation wurde von den römischen Juristen auf ihren Lieblingssatz gegründet; auch Pomponius war, wie wir aus l. 80. de sol. ersahen sein Anhänger; dieselbe ist aus liber 4. ad Quintum Mucium; er überzeugte sich später, daß der Satz in seiner Allgemeinheit nicht haltbar sei; als

1) Nur Kierulff Civilr. S. 390. und Lenz das Recht des Besitzes S. 212 bis 220. haben widersprochen, aber aus unquellenmäßigen Gründen; vgl. Windscheid Pand. §. 156. N. 1.

er den liber 23. ad Quintum Mucium schrieb (daraus ist l. 25. §. 2. cit. entnommen), so gab er seinem Bedenken Ausdruck. Offenbar ist seine Meinung: schon die Fortdauer des Besitzes solo animo ist eine bedeutende Anomalie (hierauf kommen wir unten zurück), nimmt man aber diese Fortdauer selbst dann an, wenn eine Occupation erfolgt ist, so mag dies nützlicher sein (et videtur utilius esse), aus practischen Gründen zu billigen (quod quasi magis probatur), allein eine theoretische Begründung dieser Fortdauer ist unmöglich, und die von den Juristen gegebene (auf den Satz: prout quid contractum est, ita et solvi debet gestützte) falsch.

So sind denn also die Gründe Savigny's nicht beweisend, vielmehr ist anzunehmen, daß schon zu Labeo's Zeiten der Abwesende trotz der Occupation als Besitzer galt.

Es entsteht aber die Frage: aus welchen Gründen kam die Jurisprudenz zu dieser Annahme? aus theoretischen oder aus practischen? In erstrer Beziehung könnte höchstens [1]) das prout quidque contractum est, ita et solvi debet angeführt werden; dennoch glauben wir andrer Ansicht sein zu müssen; die Zweifel des Pomponius haben wir bereits erörtert, und auch andre Juristen konnten sich doch der Erwägung nicht verschließen, daß jedenfalls, wenn der Abwesende bei der Rückkehr nicht eingelassen wird, er den Besitz vi, nicht aber animo verliert. Also müssen wir die practischen Gründe als treibendes Motiv ansehen. Gemeinhin wird als practischer Grund die Usucapion des Grundstücks angeführt; indem man die Occupation nicht als Besitzentziehung anerkannte, sei die Usucapion fortgelaufen, und wenn dann der Abwesende bei der Rückkehr nicht eingelassen worden, so habe er wenigstens als vi dejectus gegolten, und das Grundstück sei als fundus vi possessus der Usucapion entzogen gewesen [2]). Das halten wir nicht für quellen-

1) Zwar meint Kierulff Civilr. S. 394. N. 1, durch die Occupation sei nicht festgestellt, daß nicht der abwesende Besitzer bei der Rückkehr im Stande sei, seine Herrschaft über die Sache zu bethätigen. Indessen muß doch Kierulff die Rückkehr suppliren; so lange er abwesend ist, ist er dazu gewiß nicht im Stande, d. h. er ist theoretisch nicht als Besitzer zu rechtfertigen. — Aehnlich wie Kierulff ist Böcking Pand. §. 125. N. 5. und Lenz Besitz S. 239 f.; s. gegen sie Windscheid Pand. §. 156. N. 4.

2) So namentlich Witte a. a. O. S. 260 f.

gemäß. Es giebt keine Stelle, in welcher die Fortdauer des Besitzes des Abwesenden mit der Usucapion in Verbindung gebracht würde, vielmehr setzen die meisten Stellen sie in eine Beziehung zu dem int. de vi; — so jene l. 6. §. 1. de poss., von welcher oben ausführlich gehandelt worden; so ferner die gleichfalls besprochne l. 25. §. 2. de poss. (Worte: »ut *potior* sit illius corporalis possessio); so endlich die

> l. 1. §. 24. de vi 43, 16: Sive autem corpore sive animo possidens quis dejectus est, palam est eum vi dejectum videri. Ideircoque si quis de agro suo vel de domo processisset, nemine suorum relicto, mox revertens prohibitus sit ingredi vel ipsum praedium, vel si quis eum in medio itinere detinuerit et ipse possederit, vi dejectus videtur; ademisti enim ei possessionem quam animo retinebat, etsi non corpore.

Ist dem aber so, so scheint — nach der herrschenden Ansicht — jedes Bedürfniß nach der Fortdauer des Besitzes des Abwesenden zu fehlen. Der Abwesende — so lehrt man seit Savigny — hatte in alter Zeit das int. de clandest. possessione; wenn nun nach erfolgter Occupation die Usucapion sofort unterbrochen wird [1]), und wenn außerdem der Abwesende genügenden Interdictenschutz hat: wozu die Annahme eines anomalen Rechtssatzes [2])? Es wird deshalb gut sein, die Existenz jenes int. de cland. poss. zu prüfen. Zwei Zeugnisse werden dafür angeführt:

> l. 7. §. 5. comm. div. 10, 3: ... sed si clam dicatur possidere qui provocat (communi dividundo), dicendum esse ait, cessare hoc judicium; nam de clandestima possessione competere interdictum inquit.
>
> Cicero in Rull. 3, 3, 11 Haec trib. pl. promulgare ausus est ut, quod quisque post Marcum et Carbonem possidet, id eo jure teneret, quo qui optimo jure privatum. Etiamne

1) Es ist so eben gezeigt worden, daß die Quellen die Fortdauer des Besitzes des Abwesenden keineswegs auf die Usucapion einwirken lassen.

2) Man möchte vielleicht auf die Usucapionsunfähigkeit der res vi possessae verweisen; allein dieselbe (eingeführt durch die lex Julia et Plautia) ist sicherlich jüngren Datums als die Fortdauer des Besitzes des Abwesenden.

si vi ejecit? etiamne si clam, si precario venit in possessionem? Ergo hac lege jus civile, causae possessionum praetorum interdicta tollentur.

In keiner von beiden Stellen ist u. E. des Interdicts de cland. poss. gedacht, sondern nur eines Interdicts, welches wegen heimlicher Besitzentziehung statt hat. Das kann, wenn man erwägt, daß beide Stellen den Occupanten noch zur Zeit der Klage als Besitzer voraussetzen, sehr wohl das int. uti possid. sein. Dies werden bei l. 7. §. 5. comm. div. selbst diejenigen zugeben, welche die recuperatorische Natur des int. uti poss. leugnen. Vorausgesetzt ist nämlich ein Mitbesitz, der Occupant hat heimlich bloß die Compossessio zu einem intellectuellen Theile ergriffen; der alte Besitzer ist also im Mitbesitz geblieben und hat als solcher Besitzeshandlungen vorgenommen; unzweifelhaft steht ihm das uti poss. zu. Was aber die Ciceronianische Aeußerung betrifft, so werden diejenigen, welche das uti poss. nicht als unbedingt recuperatorisch auffassen, uns widersprechen; allein die Stelle ist so allgemein gehalten, daß sich nichts Bestimmtes aus ihr entnehmen läßt; es ist sogar möglich, daß Cicero den früheren Besitzer auf das int. de vi verweist, indem er ihm räth, zurückzukehren und Einlaß zu verlangen; denn was zu Labeos Zeiten galt (l. 6. §. 1. de poss.), galt sicherlich auch, als Cicero lebte. In der That, es existirt kein Zeugniß für die Existenz eines recuperatorischen Interdicts de cland poss., vielmehr können wir eines dagegen anführen. In der mehrfach citirten l. 25. §. 2. de poss. fragt Pomponius, ob der Abwesende bei heimlicher Occupation den Besitz verliert oder nicht, und als Folge der Ansicht, welche etwa einen Verlust statuirte, fügt er die Worte an: ut potior sit illius (sc. qui ingressus est) corporalis possessio, d. h. die corporalis possessio des Occupanten wäre dann potior als die poss. solo animo des Abwesenden. Das könnte doch nimmermehr gesagt werden, wenn es ein int. de cland. poss. gegeben hätte[1]); darin würde der Abwesende trotz oder vielmehr wegen Besitzverlustes obsiegen, während Pomponius schreibt: „behält der Abwesende den Besitz nicht trotz der Occupation,

1) Es ist sogar Pomponius der Vorwurf zu machen, daß er übersah, daß das uti poss. den Abwesenden wenigstens gegenüber dem Occupanten schütze.

so ist er schutzlos". Savigny selbst hätte das int. de cland. poss. kaum angenommen [1]), wenn es nicht seine Ansicht von der historischen Entwicklung, welche die Fortdauer des Besitzes des Abwesenden genommen haben soll, sichtlich bestätigt hätte; wir, die wir die historische Entwicklung leugnen, gelangen zu einem Rechtszustande, wo der Abwesende (abgesehen vom uti possidetis) kein Interdict hatte. Darin lag unzweifelhaft ein Mangel, weil das uti poss. dem Abwesenden nur solange genügte, als der Occupant selbst Besitzer war, nicht aber wenn er den Besitz veräußert hatte. Diese Lücke ergänzte die Jurisprudenz; unter Zuhilfenahme der Regel »prout quidque contractum est, ita et solvi debet« schrieb sie dem Abwesenden trotz der Occupation Besitz zu, und leitete daraus den Schluß her (— und dieser Schluß war ihr Motiv und Ziel —) daß der Abwesende bei der Rückkehr gegen jeden ihm Widerstehenden Gewalt gebrauchen, und daß, wenn er gleichviel von wem nicht eingelassen werde, er sich selbst in den Besitz setzen resp. das int. de vi anstellen dürfe. Es war damit nach Einführung des int. de vi armata und Abschaffung der exc. vitiosae possess. bei demselben noch die weitere Folge verbunden, daß der Zurückkehrende sogar gegen den vorgefundnen Besitzer vis armata brauchen dürfe, ohne fürchten zu müssen, daß dieser gegen ihn das int. de vi arm. anstelle, und daraus (wegen Abschaffung der exc. vit poss.) siegreich hervorgehe; allein daß der Abwesende trotz der Occupation die Usucapion fortsetze: davon wissen die Quellen nichts.

Mit dieser Argumentation haben wir Alles zur Erklärung der poss. duor. in sol. bei heimlicher Occupation vorbereitet; dennoch aber müssen wir die Erklärung noch aufschieben, um vielmehr unsre Beweisführung gegen Einwendungen sicherzustellen. Eine Einwendung könnte gemacht werden, die andre ist bereits gemacht worden.

1) Wir nehmen an, es sei dem R. R. ein int. de cland. poss. unbekannt, und es habe in alter Zeit eine Lücke bestanden, welche erst von der Jurisprudenz ausgefüllt wurde. Aus practischen Gründen wird man hiegegen ankämpfen; man wird fragen, aus

1) Er erklärt l. 7. §. 5. comm. div. selbst als sehr zweideutig (Besitz S. 552).

welchen Gründen der Prätor wohl gegen Gewalt, nicht aber gegen Heimlichkeit mit einem recuperatorischen Interdict schützte. Wir halten die Frage durchaus nicht für unberechtigt, aber sie läßt sich mit Sicherheit beantworten. Wir gehen hier nochmals auf die l. 153. de reg. jur. zurück. Zu dem Fehler, welchen Paulus darin begeht, hat sich unsres Erachtens ein neuer gesellt, welchen Savigny und die ihm folgende allgemeine Ansicht begeht. Es bezieht sich auf die Nothwendigkeit des in contrarium actum esse von animus und corpus. Gemeinhin lehrt man: „der Besitz als die factische Herrschaft des Menschen über die Sache verlangt die Verbindung von animus und corpus: genau genommen sollte er aufhören, wenn eines dieser Elemente aufhört; allein aus practischen Gründen hört er erst dann auf, wenn eines dieser Elemente ins Gegentheil verkehrt ist". Wir vermissen hierin die innre Schlüßigkeit (denn was aufgehört hat, ist ins Gegentheil verkehrt); jedenfalls aber dürfen wir behaupten, daß dies nicht die Anschauung der römischen Juristen ist. Hat etwa jemand außer Paulus von einem in contrarium actum esse gesprochen, oder statuiren die Quellen überhaupt den von Savigny statuirten Gegensatz, den Gegensatz von „Aufhören" und „Verkehrung ins Gegentheil"? Uns scheint die römische Lehre nach Lage der Quellen folgende: Es gehört zur Fortsetzung des Besitzes animus und corpus wie zur Entstehung, nur bei Grundstücken wird aus practischen Gründen davon insofern abgesehen, als die bloß **vorübergehende** Entfernung die Fortdauer des Besitzes solo animo zur Folge hat; bei beweglichen hingegen ist Fortdauer des corpus nothwendig, nur geht dies (abweichend von Grundstücken) durch die Entfernung des Besitzers oder durch Verlegen nicht verloren, denn während das Grundstück durch die Entfernung des Besitzers jeden Schutz gegen Dritte verliert, empfängt die bewegliche Sache durch das Grundstück, auf welchem sie sich befindet einen Schutz; sie ist sub custodia nostra — dies ist ein technischer römischer Begriff [1]), welchen Savigny nicht kennt [2]) — auch wenn

1) Man sehe besonders l. 3. §. 13. l. 47. de poss., außerdem l. 3. §. 3. §. 15. l. 39. l. 44. de poss.

2) Er erwähnt zwar die custodia auf S. 398, allein nicht als technischen Begriff, und er erklärt sie u. E. nicht richtig.

der Besitzer sich entfernt oder die Sache verlegt, vergraben hat. — Ebenso ist fortdauernder animus zur Fortsetzung des Besitzes nöthig, allein wenn der Wille ruht, so ist dies dennoch eine That des Willens, weil dies nur dann geschieht, wenn der Wille ruhen will, deshalb ist auch bei ruhendem Willen ein Wille vorhanden.

Wir können diese Grundsätze hier nur andeuten; ihre ausführliche Darlegung und Erweisung aus den Quellen würde zu weit abführen, und wird für einen andern Ort vorbehalten. Hervorheben wollen wir jedoch, daß die Quellen die Fortdauer des Besitzes bei vorübergehender Entfernung des Besitzers bei Grundstücken als poss. solo animo auffassen, bei beweglichen Sachen hingegen nicht; nur beim servus fugitivus und ad libertatem proclamans kommt eine poss. solo animo vor[1]), es sind sich die Römer der darin liegenden Anomalie bewußt[2]).

Hält man diese Auffassung fest, so erhellt welch eine bedeutende Anomalie in der poss. solo animo des abwesenden Grundstücksbesitzers enthalten ist. Demnach liegt der Schluß nicht weit ab, daß es eine Zeit gegeben, wo sie dem R. R. fremd war, und mit der Entfernung vom Grundstück ohne Zurücklassung eines Stellvertreters (nemine suorum relicto heißt es in l. 1. §. 24. de vi 43, 16) der Besitz verloren ging. Eine besondre Härte lag in diesem Rechtszustand keineswegs, da bekanntlich kein Grundbesitzer allein wirthschaftet, sondern ein Personal hält, von welchem immer Einer zur Bewachung zurückbleibt, und was die vom Hauptgrundstück fernliegenden Aecker betrifft, so theilen diese, wenn das Hauptgrundstück ersessen ist, sein Schicksal als seine Pertinenzen. Ein

1) l. 1. §. 14. l. 3. §. 10. l. 13. pr. l. 15. de poss. 41, 2. l. 17. §. 3. de fut. 47, 2.

2) l. 1. §. 14. de poss. (sed *utilitatis* causa receptum est...). l. 17. §. 3. de furt. (quod enim videor possidere ad *usucapionem* tantum mihi proficere Julianus scribit). l. 13. pr. de poss. (namque fugitivus idcirco a nobis possideri videtur, *ne ipse nos privet possessione).* Anders freilich Gaius in l. 15. de poss. (et haec *ratio* est, quare videamur fugitivum possidere quod is, quemadmodum aliarum rerum possessionem intervertere non potest, ita ne suam quidem potest). Allein Gaius übersieht, daß der Satz, der Sclave könne dem Herrn nichts stehlen, sich nur aus Utilitätsrücksichten erklären läßt.

solcher Rechtszustand aber verträgt offenbar kein int. de cland. poss.; mag immer der Occupant als clandestinus possessor gelten: possessorisch haftet er dennoch nicht, weil er ein besitzloses Grundstück occupirt hat. Erst als die poss. solo animo aufkam, war Raum für ein int. de cland. poss. gegeben; daß dies aber nicht eingeführt wurde, ist leicht erklärlich. Die poss. solo animo war ein Erzeugniß der Jurisprudenz; der Prätor säumte, diesen Begriff sich zu eigen zu machen; da griffen die Juristen zu der Regel: prout quidque contractum est, ita et solvi debet, erklärten die heimliche Occupation für unwirksam, und gaben dem Abwesenden, der bei der Rückkehr keinen Einlaß fand, das int. de vi, so daß zuletzt die Einführung eines int. de cland. poss. sogar unmöglich war. Das Centumviralgericht, welches gegenüber der prätorischen Bonorum possessio das Querelrecht einführte, handelte ganz wie die Juristen in der vorliegenden Frage; weil der Prätor das civile Erbrechtssystem nicht den Anschauungen der Zeit gemäß reformirte, so reformirte das Centumviralgericht auf seine Art.

2) Die zweite Einwendung gegen unsre Argumentation ist wie bemerkt bereits erhoben worden. Der trotz der Occupation fortdauernde Besitz des Abwesenden hat nach unsrer Ansicht *practische* Bedeutung nicht gegenüber dem besitzenden Occupanten (gegen diesen genügt dem Abwesenden das uti poss., welches nach richtiger Ansicht recuperatorische Wirkung hat), sondern gegenüber einem Dritten, der vom Occupanten, gleichviel ob er die Occupation kannte oder nicht, den Besitz erwarb. Hiergegen ist Witte aufgetreten; er meint daß der Abwesende von dem dritten bona fide Erwerber nicht Einlaß begehren dürfe, und deshalb den Besitz verliere, und er stützt sich theils auf Quellenzeugnisse (l. 6. pr. l. 37. §. 1. l. 38. de poss.), theils auf das Bedürfniß eines geordneten Gemeinwesens, welches nicht gestatte, „daß ein viele Jahre lang Abwesender berechtigt sein solle, nach seiner Rückkehr gewaltsam jemanden von Haus und Hof zu vertreiben, der in gutem Glauben sein Besitzthum erworben hat".

Witte geht von einer falschen Auffassung der poss. solo animo aus, welche sich freilich auch bei Savigny findet und jetzt die herrschende ist. Nur bei *vorübergehender* Abwesenheit findet dieselbe

Statt, bei längrer Abwesenheit tritt die Regel in Anwendung, wornach mit dem Verlust des corpus [1]) (d. h. bei Grundstücken mit der Entfernung) der Besitz verloren ist [2]). Das ist aus den Quellen leicht nachweisbar; dort werden als Beispiele angeführt die saltus aestivi und hiberni (l. 44. §. 2. l. 45. l. 46. de poss. 41, 2. l. 1. §. 25. de vi 43, 16), derjenige der zur Messe gereist ist (l. 6. §. 1. de poss), endlich derjenige welcher sein Grundstück verlassen und bald dahin zurückkehrt (»*mox* revertens« l. 1. §. 24. de vi 43, 16). Wenn daher Ulpian in l. 1. §. 25. de vi schreibt:

»ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente recedemus, ut omisisse possessionem vellemus, idem est«;

so ist der Ausdruck allerdings nicht ganz dem geltenden Recht entsprechend; daß er aber auch bei diesen Worten das mox reverti vorausgesetzt hat, wird wohl mit Rücksicht auf den unmittelbar vorhergehenden §. 24. nicht bestritten werden. Eine etwas bedenkliche Anwendung der vorübergehenden Anwesenheit findet sich in folgendem Rescript Diocletian's und Maximian's:

l. 4. C. de poss. 7, 32: Licet possessio nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo retineri potest. Si ergo praediorum desertam possessionem non derelinquendi affectione transacto tempore non coluisti, sed metus necessitate culturam eorum distulisti, praejudicium tibi ex transmissi temporis injuria generari non potest.

Die Worte transacto tempore, culturam distulisti, transmissi temporis weisen auf eine längre Abwesenheit hin; dennoch erklären die Kaiser sie als eine vorübergehende, offenbar mit Rücksicht auf die metus necessitas; ein Pandectenjurist aber würde gerade des-

---

1) Es scheint uns unrichtig mit Savigny S. 424 f. dies daraus zu erklären, daß bei längrer Abwesenheit angenommen werde, die anim. poss. sei aufgegeben. Denn gelangt man zu einer Beweisfrage, welche unsägliche practische Schwierigkeiten macht, so daß Savignys Ansicht auch practisch unannehmbar ist. Gegen Savigny sowohl als gegen die oben vertretne Ansicht erklärt sich Windscheid Pand. §. 156. N. 5.

2) Daher ward auch später die Besitzergreifung deserter Grundstücke gestattet, und sogar als Mittel zum Eigenthumserwerb erklärt. t. C. de omni agro desert. 11, 58.

halb den Besitz als animo aufgegeben betrachten[1]). Dagegen stimmen mit unsren Grundsätzen die l. 37. §. 1. l. 38. de poss. völlig überein:

> fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem quae vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit, vel longo tempore afuerit. Quam rem ipse quidem non potest usucapere, quia intelligit alienum se possidere et ob id mala fide possidet; sed si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit is usucapere quia neque vi possessum neque furtivum possidet.

Nicht deshalb usucapirt der dritte Erwerber, weil er in bona fide ist — diese würde nicht genügen — sondern deshalb, weil zugleich der frühere Besitzer verstorben oder lange Zeit abwesend ist, oder die Cultur der Grundstücke vernachlässigt, also den Besitz nicht solo animo retinirt. Weshalb würde sonst Gaius »*longo tempore* afuerit« gesagt haben? Auch bei bloß vorübergehender Abwesenheit war das Grundstück vom Occupanten ohne Gewalt in Besitz genommen und hätte demnach auch bei bloß vorübergehender Abwesenheit — nach Witte — vom dritten gutgläubigen Erwerber ersessen werden müssen. Zieht man das arg. e contrario, so werden l. 37. §. 1. l. 38. citt. ein Argument gegen Witte. Nicht minder unhaltbar ist die Berufung auf l. 6. pr. de poss. Hier sagt Ulpian:

> »nec quemquam clam possidere incipere qui sciente aut volente eo, ad quem ea res pertinet, aut aliqua ratione bonae fidei possessionem nanciscitur«.

Auf die Schlußworte »aut aliqua ratione b. f. poss. nanciscitur« stützt Witte die Behauptung, daß ein b. f. Erwerber dem zurückkehrenden Besitzer den Einlaß verwehren dürfe. Er übersieht dabei wiederum, daß die poss. solo animo vorübergehende Abwesenheit voraussetzt; berücksichtigt man dies, so ist es unmöglich, daß ein dritter in bona fide erwirbt; denn es versteht sich, daß man von jedem Erwerber verlangen kann, er solle sich nach dem Rechts-

1) vgl. l. 25. §. 2. de poss. 41, 2: ... aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in poss.

titel seines Veräußerers erkundigen; unterläßt er dies, so ist ihm culpa lata quae dolo aequiparatur vorzuwerfen, und von seiner bona fides darf nicht mehr die Rede sein; erkundigt er sich aber, so würde es wahrlich sonderbar sein, daß ihm kein Nachbar von dem Besitz des Abwesenden Mittheilung machte; denn man beachte, daß wohl bei längrer, nicht aber bei vorübergehender Abwesenheit des Besitzers die Besitzverhältnisse sich in dem Gedächtnisse der Menschen verwischen. — Endlich spricht gegen Witte noch die bereits citirte l. 46. de poss., welche zwischen dem Occupanten und dessen Besitznachfolger keinen Unterschied macht.

Erst seit Justinians Constitution, l. 11. C. unde vi 8, 4, ist ein Unterschied zwischen dem heimlichen Occupanten selbst und dessen Besitznachfolger zu machen. Wenn nämlich der Besitz durch längre Abwesenheit verloren ist, so wird zufolge jenes Gesetzes der heimliche Occupant als praedo behandelt und gegen ihn das int. de vi verstattet, während er nach altem Recht, wie das Gesetz selbst besagt, nur mit der rei vindicatio haftete. Darauf nun ob der Occupant selbst von dem Abwesenden glaubt, er habe den Besitz aufgegeben oder nicht, d. h. also darauf ob der Occupant in bona oder in mala fide ist, kommt nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes nichts an; jeder von beiden haftet mit dem int. de vi. Nicht dasselbe wird man von dem Besitznachfolger des Occupanten behaupten dürfen; das Gesetz gedenkt seiner nicht, und eine so exorbitante Vorschrift muß strict ausgelegt werden. Allein es ist klar, daß diese Lex die oben aufgestellten Grundsätze nicht berührt; sie handelt eben von einem ganz andren Fall: von dem Verlust des Besitzes durch nicht vorübergehende Abwesenheit; sie ist also kein Stützpunkt für Witte [1]).

Gegen Einwendungen glauben wir unsre Ansicht sicher gestellt zu haben; dieselbe geht kurz formulirt dahin:

> Der Grundstücksbesitz ging nach altem R. R. bei Entfernung des Besitzers ohne Zurücklassung eines Stellvertreters corpore verloren; deshalb konnte kein int. de cland. poss. aufkommen. Später wurde durch die Jurisprudenz bei bloß vorübergehender Abwesenheit die Fortdauer des Besitzes solo animo eingeführt;

1) Witte interpretirt die Lex ganz unrichtig; vgl. ihn a. a. O. S. 280 ff.

da aber der Prätor diesen Begriff nicht sofort anerkannte und kein int. de cland. poss. einführte, so gab die Jurisprudenz weiter dem Abwesenden, dessen Grundstück occupirt worden war, wenn er zurückkehrte das Recht sich selbst (sogar unter Anwendung von vis armata) in den Besitz zu setzen oder, wenn ihm dies nicht gelang, das int. de vi anzustellen, indem sie ihn gestützt auf die Regel »prout quidque contractum est, ita et solvi debet« fortdauernd und trotz der Occupation als Besitzer erklärte; allein eben nur jenes Recht ist ihm von der Jurisprudenz gegeben worden, nicht etwa der Besitz in seiner ganzen Fülle, also nicht das Recht die Usucapion fortzusetzen, nicht die Pflicht auf eine reivindicatio sich einzulassen u. s. w. Der Occupant hinwiederum erwirbt vom Augenblick der Occupation an trotzdem Besitz und Interdictenschutz nicht bloß gegen dritte, sondern auch gegen den Abwesenden, nur unterlag er im Proceß mit dem letztren wegen der *exceptio* vitios. poss.; er würde selbst ersitzen, wenn er nicht in mala fide wäre, sein Nachfolger würde es, wenn ihm nicht culpa lata vorgeworfen werden müßte.

Diese Grundsätze erkennen alle classischen römischen Juristen an; es besteht keine Differenz darüber unter ihnen; namentlich bekennen sich Ulpian und Paulus zu ihnen; von Ulpian rühren l. 6. §. 1. de poss. und l. 3. pr. uti poss., von Paulus l. 7. de poss. und l. 2. uti poss. her, und in allen diesen Leges werden sowohl dem zurückkehrenden Abwesenden als dem Occupanten Besitz und Interdicte zugeschrieben. Zieht man die Consequenz daraus, so kommt man vom Standpunkt der Interdicte aus unbedingt zu einer possessio duorum in solidum. Wir sagen in solidum, denn der zurückkehrende Abwesende hat das int. de vi gegen jeden, welchen er im Grundstück vorfindet, nicht bloß gegen den Occupanten (wie Witte behauptet); auf der andern Seite hat der Occupant gegen jeden alle Interdicte, und zwar auch gegen den Abwesenden, nur daß dieser ihn mit der *exceptio* vitios. poss. zurückschlägt.

Diese Consequenz wurde von Trebatius, Julian und Ulpian[1])

1) Beide sprechen nirgends eine Beschränkung aus, etwa daß der Abwesende nur quoad interdicta adversus occupantem besitze, oder Aehnliches.

mit voller Schärfe gezogen. Wenn Labeo und Paulus dem entgegentraten, so kann der Grund nur darin liegen, daß sie sich nicht auf den Standpunkt der Interdicte stellten, sondern Besitz und Besitzesklage unterschieden. Besitzesklagen standen allerdings Beiden unbeschränkt zu; damit ist aber die Besitzesfrage noch nicht entschieden; denn der Besitz äußert sich noch in mannigfach andrer Weise: in der Usucapion, in der Frage wer auf die rei vindicatio und hereditatis petitio haftet u. s. w. Nun hatte aber der Abwesende nur Besitzesklagen, er setzte die Usucapion nicht fort, er haftete nicht auf die rei vind. und her. pet.; und auch jene Besitzesklagen hat er nur in Einem Falle, nur bei der poss. solo animo, nicht also bei längrer Abwesenheit vom Grundstück; er hat sie endlich nur aus einem historischen Grunde, nämlich weil es kein int. de cland. poss. giebt. Umgekehrt haftet der Occupant auf die rei vind. und her. pet., und wenn er nicht ersitzt, so ist seine mala fides daran Schuld, wenn selbst seinem Nachfolger die Ersitzung abgesprochen wird, dessen culpa lata. Wer dies Alles erwägt, wird sich eben so energisch wie Labeo und Paulus gegen die Annahme einer poss. duor. in sol. erklären müssen. Und das mag uns ein Fingerzeig dafür sein, wie die Ansicht der Compilatoren aufzufinden. Uns scheint daß, wer dem Paulus anhängt, noch immer aus Gedankenlosigkeit Ulpian's Entscheidungen mittheilen kann; wer aber Ulpian folgt, kann nimmermehr sich Paulus Worte aneignen. Die Compilatoren also haben die poss. duor. in sol. im Falle III. verworfen.

IV. Der Dejicient und der Dejicirte. Mit wenigen Worten können wir diesen Fall absolviren. Trebatius, Julian und Ulpian lehren die duor. poss. in sol., Labeo, Celsus und Paulus [1]) verwerfen sie. Der Grund der Meinungsdifferenz ist offenbar der-

1) Ueber Trebatius, Labeo, Paulus vgl. l. 3. §. 5. de poss., über Julian l. 19. pr. de prec., über Ulpian l. 3. pr. uti poss., deren Erklärung oben S. 88. gegeben ist, über Celsus l. 5. §. 15. comm. 13, 6. Ob mit dem poss. duor. in sol. die recuperatorische Natur des uti poss. zusammenhängt, wie l. 3. pr. uti poss. andeutet, darüber s. Bruns S. 60 f.; mit Recht erklärt derselbe sich dagegen; diese recuperatorische Natur wird ja auch von den Juristen gelehrt, welche die poss. in sol. verwerfen.

selbe wie im Falle III.; erstre Juristen behandelten die Frage vom Standpunkte der Besitzinterdicte, letztre vom Standpunkte des Besitzes aus. Bezeichnend in dieser Beziehung ist namentlich folgende Aeußerung Ulpians:

l. 17. de poss. 41, 2: Si quis de possessione dejectus sit, perinde haberi debet ac si possideret, quum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habeat.

Sie beweist schlagend, daß Ulpian vom Besitzinterdict auf den Besitz schließt[1]), und wenn er in etwas abgeschwächter Weise die Worte »perinde haberi debet ac si possideret«, nicht »possidet« gebraucht, so ist dies gewiß dadurch zu erklären, daß er den Besitz des Abwesenden in juristischem, nicht in natürlichem Sinn behaupten will. Das ist auch die Argumentation von Trebatius und Julian gewesen; wir aber müssen uns aus den bei III. erörterten Gründen gegen sie und für Labeo und Paulus erklären; dies war auch wahrscheinlich die Ansicht der Compilatoren.

V. Der Grundstücksbesitzer und der Superficiar. Es ist bereits im Anfange des §. erwähnt worden, daß die Quellen diesen Personen nirgends poss. in solidum zuschreiben; Kierulff aber behauptet, daß sie ihnen zukomme. Dem Superficiar, führt er aus[2]), ist vom Grundstücksbesitzer nur der Besitz des Gebäudes eingeräumt, sich selbst hat dieser den Besitz des Bodens zurückbehalten; nun könne er aber nicht den Besitz des Bodens ohne den des Gebäudes haben, und so sei das Resultat eine poss. duor. in sol. des Gebäudes. Die Deduction Kierulffs, nicht aber seine Schlußfolgerung, hat Böcking[3]) adoptirt und — was bei Kierulff ganz fehlt — aus den Quellen begründet; mit welchem Rechte er aber die Schlußfolgerung verwarf, darüber hat Böcking sich nicht ausgesprochen. — Die Entscheidung der Frage hängt offenbar von der

1) Ganz etwas andres ist es wenn Ulpian in l. 143. de verb. sign. 50. 16. schreibt: id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem; habetur enim quod peti potest; und ebenso Paulus in l. 15. de r. j. 50, 17: is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur. Hier handelt es sich um dingliche Rechte, die man unbedingt so lange hat (das Wort habere wird in beiden Leges erklärt), als man eine dingliche Klage hat.

2) Civilr. S. 368.

3) Paud. §. 126. N. 7.

einer Vorfrage ab, davon nämlich, welch ein Besitz dem Superficiar zuzusprechen? Die Ansichten darüber sind bekanntlich sehr getheilt; Einige geben dem Superficiar abgeleiteten juristischen Besitz an Boden und Gebäude [1]), Andre quasi juris possessio [2]), die angeführten Kierulff und Böcking bloß Besitz am Gebäude; Bruns [3]) endlich nimmt eine historische Entwicklung an, wonach ursprünglich der Superficiar nur quasi juris possessio, später Besitz an der Superficies als Sache erhalten habe.

Es ist zuzugeben, daß die Auffassung des superficiarischen Besitzes als quasi juris possessio die einfachste ist. Fraglich erscheint es uns dagegen, ob sie auch die dem Rechtsverhältniß der Superficies entsprechende ist; denn so sehr nähert sich die Superficies dem Eigenthume, daß ihr Besitz viel eher dem Eigenthumsbesitz als dem Servitutenbesitz nachgebildet werden mußte. Und jedenfalls müssen wir behaupten, daß die Quellen jene Auffassung nicht theilen. Savigny und Rudorff haben sich darauf berufen, daß der Superficiar ein eignes possessorisches Interdict, de superficibus, nicht das uti poss. habe, welches vielmehr dem Grundstücksbesitzer zustehe; allein dieser Einwand trifft nur diejenigen, welche dem Superficiar abgeleiteten Besitz an Boden und Gebäude geben, nicht die, welche ihn bloß für den Besitzer des Gebäudes erklären. Rudorff hebt außerdem hervor, daß im int. de superf. nicht von possidere superficiem, sondern von frui superficie die Rede sei, und daß Ulpian jenes Interdict (im 70. Buch ad ed.) mit dem des Fructuars, nicht (im 69. Buch ad ed.) mit dem uti poss. zugestellt habe. Allein beide Umstände bezeichnen, wie Böcking richtig bemerkt, nur das dingliche Verhältniß des Superficiars gegenüber dem Grundstückseigenthümer; es ist in dieser Beziehung namentlich hervorzuheben, daß es in der Interdictsformel heißt:

uti *ex lege locationis sive conductionis* superficie fruimini;

nimmt man auf die lex locationis Bezug, so kann man den Super-

1) Namentlich Vangerow Pand. 1, 407, Schröter in Zeitschr. f. Civ. und Pr. 2, 244 ff., Buchholz Versuche S. 83, Guyet Zeitschr. f. Civ. u. Pr. 4, 362.

2) Namentlich Savigny Besitz S. 331 ff. und Einleit. S. LXIII., Rudorff Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 11. Nr. 7, Windscheid Pand. §. 154. N. 7.

3) Besitz S. 9. 10. 16.

ficiar nicht als Besitzer bezeichnen; denn nicht der Besitz, sondern das rechtliche Gebrauchsrecht, das frui, ist ihm im Contract eingeräumt worden. So sind die Argumente, welche für die quasi juris poss. des Superficiars vorgebracht worden sind, u. E. nicht beweisend; umgekehrt giebt es starke Gegenargumente. An erster Stelle nimmt man gewöhnlich darauf Bezug, daß der Superficiar das praedium superficiarium und die diesem zustehenden Servituten utiliter vindiciren dürfe; das ist u. E. kein Beweisgrund; wer die Klage analog hat, hat deshalb noch nicht dasselbe oder ein analoges Recht; wer dies bestreitet, gelangt wie zu jenem dominium directum und utile zu einer possessio directa und utilis. Entscheidend für uns ist, daß dem Superficiar mehrfach das possidere zugeschrieben wird:

l. 1. §. 1. de superf. 43, 18: ... sed longe utilius visum est ... quia melius est *possidere* potius quam in personam experiri, hoc interdictum proponere.

l. 1. §. 2. eod.: ... tuetur praetor eum qui superficiem petit velut uti possidetis interdicto, neque exigit ab eo quam causam *possidendi* habeat, unum tantum requirit num forte vi clam precario ab adversario *possideat.*

l. 13. §. 3. de pign. 20, 1: et in superficiariis creditor legitime consistere potest adversus quemlibet possessorem, sive tantum pactum conventum de hypotheca intervenerit, sive etiam *possessio* tradita fuerit, deinde amissa sit; denn hätte der Superficiar nicht possessio, so könnte er nicht possessionem tradere, sondern nur rem tradere.

Es scheint uns nicht zu billigen, wenn Rudorff[1]) das possidere auf die Rechte eines Angesessnen, z. B. Befreiung von Cautionen bezieht; der ganze Zusammenhang und namentlich die in l. 1. §. 2. cit. vorkommende causa possidendi sind wider eine solche Auffassung. Entscheidend ferner ist, daß die juris quasipossessio in den Quellen nur auf Servituten bezogen wird. Der Superficiar hat also u. E. corporis possessio; aber es bleibt noch die Frage, ob den (sog. abgeleiteten) Besitz am Boden und Haus oder bloß den am Hause.

1) Zeitschr. f. gesch. Rw. 11, 237. N. 29.

Beide Annahmen sind von früheren Schriftstellern angefochten worden.

Was die erstre betrifft, so steht ihr entgegen, daß der dominus superficiei nach l. 3. §. 7. uti poss. 43, 17. das uti possidetis hat. Man hat hieraus geschlossen daß, wer zugleich den Superficiar als Besitzer des Bodens anerkennt, eine poss. d. in sol. statuirt, deren Paulus in l. 3. §. 5. de poss., trotzdem er hier alle Fälle des Solidarbesitzes aufführt, gar nicht gedenkt. Darin scheint uns zu viel behauptet, denn aus III. wissen wir, daß Paulus, trotzdem er dem Abwesenden das int. de vi zuspricht, dennoch die poss. d. in sol. verwirft, weil (wie ausgeführt) von den Besitzinterdicten noch kein Schluß auf den Besitz gemacht werden darf. Allein jedenfalls läge in der gleichzeitigen und selbständigen Berechtigung zweier Personen zu denselben Interdicten hinsichtlich derselben Sache eine bedeutende Anomalie; diese Anomalie bedürfte der Erklärung, ist aber noch nirgends erklärt worden; denn wenn Vangerow das int. uti poss. des dominus superficiei darauf zurückführt, daß der Superficiar genau genommen nicht eine wahre, sondern eine *quasi* corporis possessio habe, und „daß ihm der wirkliche Besitz contra tenorem juris aus practischem Bedürfniß" beigelegt würde, so können wir nicht beitreten; es konnte dies ja nur dann geschehen, wenn man dem dominus superf. den wirklichen Besitz absprach.

Was die zweite (von Kierulff und Böcking vertheidigte) Ansicht betrifft, so bedarf dieselbe noch einer weitren Erörterung, die wir namentlich darauf richten wollen ob, wie Kierulff im Widerspruch mit Böcking annimmt, sie zu einer poss. d. in sol. führt oder nicht. Faßt man nämlich den dominus superf. als Besitzer des Bodens und Gebäudes, so kann dies doch offenbar nur in dem Sinne geschehen, daß Boden und Gebäude als ein Ganzes, nicht als zwei getrennte Gegenstände gelten, wie ja die l. 23. pr. de usuc. 41, 3. von aedes quae ex duabus rebus, ex solo et superficie, constant (quarum) *universitas* possessione temporis immobilium rerum dominium mutet spricht, und wie ferner l. 30. pr. de usuc. das aedificium zu den corpora connexa rechnet. Wenn nun neben diesem Besitz des dominus superf. am Boden und Gebäude ein Besitz des Superficiars am Hause vorkommt, so ist dies gewiß

so aufzufassen, wie das neben dem Eigenthum am Hause (als an einer universitas) fortdauernde Eigenthum am Baumaterial[1]). So wenig nun im letztren Fall dominium duorum in solidum in den Quellen angenommen wird, so wenig darf dies im ersten Falle geschehen; das Object des Besitzes ist eben ein andres; der dominus superf. besitzt die universitas aedium, der Superficiar das Gebäude allein. Dies wird bestätigt durch die unten ausführlicher zu erörternde l. 3. §. 7. uti poss. 43, 17:

»dominus autem soli tam adversus alium quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis, sed praetor tuebitur superficiarium secundum legem locationis et ita Pomponius quoque probat«.

Hätte Kierulff Recht, so würde Ulpians Entscheidung unrichtig sein; es würde nämlich, wenn der dominus superf. gegen den Superficiar das Interdict anstellte (z. B. weil er ihn an der Ausbesserung des Hauses verhindert[2]), der Superficiar sich auf seinen Besitz berufen dürfen und Ulpian hätte, ganz wie im Fall der Concurrenz von justa und injusta possessio, entscheiden müssen: neuter nostrum vincetur, nam et tu possides et ego. Ganz anders wenn die obige im Sinne Böckings geschriebne Ausführung richtig ist; dann liegt die Sache offenbar so wie in dem zweiten Theile der l. 2. de rei vind. 6, 1: Sed si par numerus duorum interfuerit, neuter solidum gregem sed ne partem dimidiam totius ejus vindicabit. *Sed si majorem numerum alter habeat, ut detracto alieno nihilominus gregem vindicaturus sit, in restitutionem non veniunt aliena capita.*

d. h. der dominus gregis vindicirt die *universitas* gregis, erhält aber, weil ihm exc. doli entgegengesetzt wird, die fremden Stücke nicht. Ebenso verlangt in l. 3. §. 7. uti poss. der dominus superf. Schutz im Besitz der *universitas aedium;* diesem Verlangen gegenüber kann der Superficiar, der nur Besitz am Gebäude hat, sich nur durch exc. doli, durch Berufung auf das Contractsverhältniß schützen. Jetzt ist es auch klar, warum der Superficiar das unde vi anstellen darf, ohne daß eine Aenderung in der

1) vgl. z. B. l. 7. §. 10. de acq. dom. 41, 1, und oben Abschn. 1. §. 2.
2) l. 3. §. 3. uti poss. 43, 17.

Interdictsformel vorgenommen wird[1]), während für den juris quasi possessor z. B. den Usufructuar ein eignes Interdict proponirt werden mußte[2]). Savigny, Rudorff können dies nicht erklären; zwar meint Rudorff[3]), das int. de vi habe eigentlich auch auf den Usufructuar gepaßt, denn detrudere und dejicere sage man auch von einem juris possessor; später hätten jedoch einige Juristen die Vertreibung eines Usufructuars nicht mehr als wahre Dejection gelten lassen wollen, und nur um Chicanen vorzubeugen, habe der Prätor für diesen Fall ein eignes Interdict aufgestellt. Allein es findet sich keine Spur von einer Controverse in den Quellen; vielmehr heißt es daselbst: nec de via quis id est mero jure detruditur[4]). Rudorff selbst hat in einem spätren Aufsatz seine Meinung zurückgenommen[5]). — Man möchte nun ferner meinen, daß auch das int. uti possidetis auf den Superficiar paßte, und kein Grund vorgelegen habe, das int. de superficiebus einzuführen; in der That werden wir auch weiter unten bei Interpretation der l. 3. §. 7. uti poss. einen Fall nachweisen, wo Jemand das uti poss. anstellt, welcher bloß das Gebäude, nicht den Boden besitzt; indeß mag darauf hingewiesen werden, daß das Interdict de superf. noch den Zusatz „ex lege locationis vel conductionis" enthält; auf diesen Contract ging der jenes Interdict proponirende Prätor bei dem Superficiar zurück, was er beim Grundstücksbesitzer nicht that[6]). Zwar heißt es in l. 1. §. 2. de superf. 43, 18:

> tuetur itaque praetor eum, qui superficiem petit, velut uti possidetis interdicto; *neque exigit ab eo quam causam possidendi habeat*; unum tantum requirit, num forte vi clam precario ab adversario possideat;

---

1) l. 1. §. 5. de vi 43, 16.

2) Vat. fr. §. 91.

3) Zeitschr. f. gesch. Rw. 11, 232.

4) l. 4. §. 27. de usurp. 41, 3.

5) Zeitschr. f. gesch. Rw. 1, 345. 346.

6) Rudorff (Zeitschr. f. gesch. Rw. 11, 231) meint diese Worte seien hinzugefügt worden, um darauf hinzuweisen, daß es sich um eine Superficies, nicht um einen Usus fructus handle, allein der Hinweis hierauf war ja schon durch das Wort „superficie" gegeben.

allein diese Erklärung Ulpian's scheint erst das Resultat der Römischen Praxis gewesen zu sein; es will uns scheinen, daß diese Aeußerung gerade mit Bezug auf die Worte der Interdictsformel „ex lege locationis sive conductionis" gemacht ist, und daß sie darin ihren Grund hat, daß die Juristen das int. de superf., wie Ulpian berichtet, dem uti poss. nachbildeten. Auch bezog sich die Praxis nur auf den Fall des Besitzstreites zwischen Superficiar und einem Dritten, nicht auf den des Besitzstreites zwischen Superficiar und dem dominus superf., von letztrem Fall berichtet vielmehr Ulpian in l. 3. §. 7. uti poss. 43, 17, daß der Prätor auf die lex locationis zurückgegangen sei.

Man erhält demnach, wenn man mit Böcking geht, ein durchweg befriedigendes Resultat: der dominus superf. und der Superficiar sind Besitzer, jener an Boden und Gebäude (als an einer Einheit), dieser am Gebäude. Es ist aber gerade diese Ansicht als „ein sehr unjuristisches Auskunftsmittel" bezeichnet worden, — aus dem Grunde weil Besitz am Gebäude ohne den am Grund und Boden unmöglich ist[1]). Der Vorwurf erscheint auf den ersten Anblick begründet; bekannt ist der Satz: semper superficies solo cedit, und die daraus gezogenen Folgesätze: die Superfizies kann nicht allein ohne den Boden ersessen werden, der Boden kann nicht allein ohne die Superficies zu Eigenthum übertragen werden, es kann nicht eine missio in den Besitz der Superficies wegen verweigerter Stellung der cautio damn. inf. erfolgen[2]). Allein es muß doch auch der Unterschied im Auge behalten werden, welcher Statt findet zwischen dem Besitz, der bloß als Durchgangsstufe zum Eigenthum in Betracht kommt, und demjenigen, der als selbstständiges Verhältniß geschützt wird. So z. B. erwirbt das Hauskind und der Sclave (abgesehen von der causa peculii) Besitz an sich nur mit Wissen des Hausherrn, das Eigenthum hingegen und zwar selbst das durch Tradition erworbne auch ohne Wissen des Hausherrn; nun ist doch das Eigenthum nur vermöge der Tradition entstanden, im Augenblick der Tradition also der Besitz dem Hausherrn (wenn auch nur für einen Augenblick)

1) Windscheid Pand. §. 154. N. 7.

2) l. 44. §. 1. de obl. et act. 44, 7, l. 26. de usurp. 41, 3, l. 5. §. 12. de damno inf. 39, 2.

ohne sein Wissen erworben. Alle jene Stellen nun, welche von der Untrennbarkeit des Bodens und Gebäudes oben (S 114. N. 2.) angeführt worden sind, handeln vom Besitz als Durchgangsstufe zum Eigenthum; nur deßhalb wird die Untrennbarkeit statuirt wie am klarsten hervorgeht aus

l. 15. §. 12. de damn. inf. 39, 2: An vero in totas aedes missio locum habeat, videamus. Et exstat Sabini sententia in totas aedes mittendum, *alioquin si ex superficie, inquit, damnum timeatur, non habebit res exitum. nec profuturum in possessionem ejus rei mitti, quam quis possidere non possit aut ei non expediat*, et verior est Sabini sententia.

Sabinus hält deßhalb die Einweisung in Boden und Haus für nothwendig, weil alioquin non habebit res exitum d. h. weil entgegengesetzten Falles der Eingewiesene nicht auf das zweite Decret das (bonitarische) Eigenthum des Hauses erwerben kann; er fährt fort, daß in zwei Stellen die Einweisung erfolglos sei:

1) bei Einweisung in eine besitzunfähige Sache (quam quis possidere non possit);

2) bei einer solchen Einweisung, welche nichts nützt (aut ei non expediat).

Unter welchen Fall gehört nun die Superficies? Gehörte sie unter 1, so wäre der Zusatz „aut ei non expediat" durchaus ungehörig, weil überflüßig; sie kann demnach nur unter 2 fallen; Sabinus meint nämlich, daß der Besitzunfähigkeit an sich die Erfolglosigkeit des Besitzes gleichgestellt werden muß; wer bloß in die Superficies eingewiesen ist, kann durch die missio ex secundo decreto nicht das bonitarische Eigenthum des Hauses erwerben.

So geht schon aus l. 15. §. 12. de damn. inf. hervor, daß an sich der Besitz an einem Hause ohne den Boden möglich ist, aber das bonitarische Eigenthum daran nicht verschafft. Noch klarer ist dies in l. 3. §. 7. uti poss. 43, 17 ausgesprochen; bevor wir zu deren Interpretation uns wenden, wollen wir nur darauf aufmerksam machen, daß jener Besitz am Hause ohne den Boden der Natur des Besitzes vollkommen entspricht. Man nehme folgenden Fall. In Kriegs- oder anarchischen Zeiten nimmt irgend eine feindliche oder revolutionäre Commission Besitz von einem Hause,

richtet hier ihre Bureaux ein u. s. w.; ihr animus ist bloß auf das Haus gerichtet, in den Keller und Hofräumen läßt sie den bisherigen Besitzer ungestört wie bisher schalten; die Gegner kommen hier in die Alternative: entweder der Commission den Besitz am Hause abzusprechen, weil sie den Boden nicht besitzen wolle, oder dem bisherigen Besitzer den Besitz am Boden abzusprechen, weil er genau genommen auch daraus dejicirt sei. Von der Unrichtigkeit der ersten Alternative überzeugt sich Jeder, der eine Störung der Commission versucht; er wird einem Widerstande begegnen, welcher ihn von dem vorhandenen Besitz die Ueberzeugung verschaffen wird. Letztere Alternative aber erscheint uns geradezu als eine Härte von juristischer Theorie wegen.

Nun zu l. 3. §. 7. uti poss.:

Sed si supra aedes quas possideo coenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto uti possidetis me uti posse, Labeo ait, non eum qui in coenaculo moraretur; semper enim superficiem solo cedere. Plane si coenaculum ex publico aditum habeat, ait Labeo, videri non ab eo aedes possideri, qui cryptas possideret, sed ab eo cujus aedes supra cryptas essent; verum est hoc in eo, qui aditum ex publico habuit. Ceterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a praetore utentur; dominus autem soli tam adversus alium quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis; sed praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis, et ita Pomponius quoque probat.

Was den Text der Lex betrifft, so ist er in der Mitte sicherlich corrumpirt; es heißt hier:

verum est hoc in eo qui aditum ex publico habuit;

man erwartet bloß „et hoc verum est", denn es ist nicht Brauch des Römischen Juristen, der einen Vorgänger citirt und ihm beitritt, die von dem letztren bereits aufgestellten Voraussetzungen zu wiederholen[1]). Offenbar muß gelesen werden:

verum est hoc *et* in eo qui aditum ex publico *non* habuit;

1) Daß die Worte „verum est . . ." in ihrer gegenwärtigen Form einen ziemlich unverbundnen und schleppenden Satz enthalten, bemerkt auch Schmidt Interdictenverf. S. 65. N. 49.

denn der Umstand, ob die Treppe von der Straße oder vom Innern des Gebäudes aus nach dem Obergeschoß (coenaculum) führt, ist bei der Frage, ob der Cryptenbewohner oder der Bewohner des Erdgeschosses das uti poss. anstellen dürfe, ganz gleichgiltig. Vielleicht lag dem Labeo ein practischer Fall zur Entscheidung vor, in welchem die Treppe von der Straße nach dem Obergeschoß führte [1]); jedenfalls berichtigt ihn Ulpian: die Lage der Treppe ist für das int. uti poss. irrelevant.

Der Inhalt der Lex war von jeher sehr bestritten. In neuester Zeit ist sogar behauptet worden [2]), es sei im ersten Theile von demjenigen die Rede, welcher wegen verweigerter cautio damni infecti in das Obergeschoß eingewiesen worden ist; während doch aus l. 15. §§. 12. 13. damn. inf. klar hervorgeht, daß zwar die Missio in solche Theile eines Gebäudes geschehen kann, welche man (gedanklich) durch eine verticale Fläche von den übrigen Theilen abschneidet, keineswegs aber in solche, welche durch eine horizontale Fläche von den übrigen geschieden sind, d. h. keineswegs in einzelne Stockwerke. Savigny's [3]) Meinung ist folgende: Zuerst verwerfe Ulpian den Besitz an einem Stockwerke, und spreche immer dem unteren Bewohner den Besitz des Hauses zu, weil dessen Wohnung mit dem Boden zusammenhänge; wenn aber der untere Hausbesitzer nur eine Kellerwohnung inne habe, so sei der obere Bewohner, der die eigentliche Hauptwohnung mit einem eignen Zugang unmittelbar von der Straße her inne hat, der wahre Hausbesitzer, und der untre müsse weichen; endlich wende sich Ulpian zum Superficiar; hier treten ähnliche Schwierigkeiten wie im bisherigen Fall nicht ein, sondern es entscheide sich Alles nach dem gewöhnlichen Verhältniß von corporis possessio und juris quasi possessio.

Mit Recht hat Savigny bloß den zweiten Theil der Lex auf den Superficiar bezogen; was aber den ersten Theil betrifft, so hat

---

1) Dagegen scheint zwar zu sprechen, daß es „Labeo ait" heißt, während „Labeo respondit" stehen mußte, wenn unsre Vermuthung richtig sein sollte. Allein es ist doch im Grunde genommen besser, dem Ulpian einer kleinen Ungenauigkeit im Ausdruck zu zeihen, als dem Labeo eine falsche Ansicht vorzuwerfen.

2) Emmerich in Zeitschr. f. Civ. und Proz. N. F. 17, 10 ff.

3) Besitz S. 331 ff.

er zwar den ersten Satz (sed si supra aedes — superficiem solo cedere) richtig dahin erklärt, daß Besitz an Stockwerken unmöglich sei; seiner Interpretation des zweiten Satzes aber (plane si coenaculum — ex publico habuit) können wir nicht beitreten. Schon das ist unzulässig, daß er die Worte: si coenaculum ex publico aditum habeat auf den Bewohner des Erdgeschosses bezieht; coenaculum ist ein Obergeschoß. Sodann aber übersetzt Savigny das Wort »aedes« unrichtig; aedes bedeuten allerdings gewöhnlich Gebäude und Boden zusammen, zuweilen jedoch auch bloß das Gebäude; es geht dies daraus hervor, daß zuweilen, um Gebäude und Boden zu bezeichnen, der Ausdruck »*totae* aedes« gebraucht wird [1]). In der Bedeutung von „Gebäude" ist aedes in l. 3. §. 7. cit. genommen; denn der Jurist spricht von »aedes *supra cryptas*,« von einem Gebäude über den Kellerräumen. Nunmehr stellt sich der Inhalt des ersten Theiles von l. 3. §. 7. cit. folgendermaßen: „An Stockwerken giebt es keinen Besitz; besitze ich demnach den Boden und das Erdgeschoß, so besitze ich auch das Obergeschoß, und nicht etwa der, welcher sich in letztrem mit dem animus poss. (quasi dominus) aufhält; es ist dies eine Folge der Regel superficies solo cedit. Allein von dieser Regel giebt es eine Ausnahme (daher plane); wenn ich nämlich bloß das Erdgeschoß mit dem animus poss. inne habe, ein Andrer die Kellerräume mit demselben anim. poss., so besitze ich, und nicht der Inhaber der Kellerräume, das Gebäude, und folgeweise auch das Obergeschoß (in welcher Beziehung Ulpian es für gleichgiltig erklärt, ob die Treppe von der Straße aus oder im Innern des Hauses sich erhebt)".

Zur weiteren Erklärung diene folgendes. Es giebt bekanntlich zwei Formen des Interdictes uti poss.; es ist entweder auf uti possidetis *eum fundum* (bei Theilen eines Grundstücks auf uti poss. eum *locum* [2]) oder auf *eas aedes* gestellt. Bei Nachbaren treten diese Interdicte häufig in eine Collision; es wird das Gebäude häufig in den Luftraum des Nachbars erweitert, und es fragt sich, ob solches im Besitzprocesse abgewehrt werden könne. Die Entscheidung dieser Collisionsfälle erörtert Ulpian in l. 3. §. 5.; dort hat

1) l. 15. §. 12. damn. inf. 39, 2.
2) Rudorff Zeitschr. f. gesch. Rw. 11, 336 ff.

ein Nachbar einen Vorbau; kann deshalb das Interdict angestellt werden? Ulpian verneint es, unter Berufung auf Labeo, denn die beiden Interdicte compensiren sich; der Eine würde, weil er das Grundstück besitzt, das interd. uti poss. eum *fundum*, der Andre, weil er das Haus mit dem Vorbau besitzt, das int. uti poss. eas *aedes* gebrauchen [1]). Wie nun, wenn das int. uti poss. eum *fundum* von dem Einen wirklich angestellt ist? Hierauf erwiedert Ulpian in §. 6. [2]), sich auf Labeo berufend, daß der Andre nichts zu thun habe, als das uti poss. eas *aedes* anzustellen [3]). In §. 7. bringt nun Ulpian gleichfalls aus Labeo einen neuen Fall, der sich dadurch von dem in §§. 5. 6. erörterten unterscheidet, daß das int. uti poss. eum fundum und eas aedes ein und dasselbe Grundstück betreffen. Es handelt sich um das Interdict wegen Störung im Besitz des Obergeschosses [4]). Zuvörderst begründet Ulpian, daß der Bewohner des Obergeschosses niemals ein Interdict anstellen könne; streitig aber könnte die Frage sein, wenn sich außer dem Bewohner des Erdgeschosses noch ein Inhaber von Kellerräumen befindet; jener wird sich auf seinen animus poss. und sein corpus, dieser auf den Satz: superficies semper solo cedit berufen; jener will das int. uti poss. eas aedes, dieser das uti poss. eum fundum anstellen; die Ansicht Labeos und Ulpians ist nun offenbar die: wer das int. uti poss. eum fundum hat, erlangt eben nur im Besitz des Bodens Schutz und der damit zusammenhängenden Pflanzen

1) Beim uti poss. kommt — abgesehen von der Duplicität und der exc. vitios poss. — Alles auf gegenwärtigen Besitz an; Schmidt Interdictenverf. S. 61 ff.

2) Daß in diesem §. 6. statt „*an* quo facilius" ... gelesen werden muß „*at* quo facilius", und daß das Fragezeichen am Ende des §. zu streichen ist, ist von Schmidt (Interdictenverf. S. 64.) gut conjicirt worden.

3) Daß zwischen Cassius und Labeo eine Differenz bestand, wie Rudorff (Zeitschr. f. gesch. Rw. 11, 351. 352) annimmt, scheint mir nicht zuzugeben; vgl. Schmidt Interdictenverf. S. 64, welcher mit Recht bemerkt: „Labeo fügt nur noch den processualischen Gang hinzu".

4) Rudorff (Zeitschr. f. gesch. Rw. 11, 351. 352) sieht das Obergeschoß als einen Ueberbau an, und glaubt deshalb, der Proceß gehe zwischen zwei benachbarten Grundstücksbesitzern vor sich; das scheint uns mit den Worten der Ler, namentlich von plane si coenaculum ... an, nicht verträglich. Auch Schmidt Interd. S. 64. N. 49. ist Rudorff entgegengetreten.

resp. des Luftraums, nicht aber eines Gebäudes, welches ein Anderer animo possidendi bewohnt; vielmehr hat der letzte wegen des Gebäudes das int. uti poss. eas aedes, und die Regel »superficies solo cedit« erleidet demnach einen Abbruch; geschieht also eine Störung im Besitz des Obergeschosses, so ist bloß der Bewohner des Erdgeschosses, nicht der Inhaber der Kellerräume zu klagen berechtigt. Uebrigens, fährt Ulpian fort, ist dem soeben dargestellten Verhältniß das der Superficies sehr ähnlich; auch hier tritt eine Collision zwischen Superficiar und dominus superf. innerhalb eines und desselben Grundstücks ein; allein es besteht doch eine Verschiedenheit zwischen diesem und dem vorhergehenden Falle; eine formale: denn der Superficiar stellt, trotzdem er bloß das Gebäude besitzt, nicht das int. uti poss. eas aedes (d. h. Gebäude), sondern ein eigens für ihn proponirtes Interdict an; und eine materielle: denn der dominus superf. stellt, weil er Boden und Gebäude als Universitas besitzt, nicht das int. uti poss. eum fundum, sondern eas aedes (d. h. Universitas von Boden und Gebäude) an, welches vom Superficiar nur durch eine Berufung auf den Bestellungsvertrag abgewehrt werden kann.

Ist die Interpretation von l. 3. §. 7. uti poss. richtig, so ist nicht bloß erwiesen, daß der Besitz an einem Gebäude ohne Boden nach R. R. überhaupt möglich, sondern daß er gerade bei dem Superficiar vorhanden ist.

§. 5. Kennt das R. R. einen Gesammtbesitz?

Es ist in §. 4. untersucht worden, in welchen Fällen nach den Ansichten aller oder einzelner römischer oder heutiger Juristen mehrere Personen ohne intellectuelle Theilung an dem Besitz einer Sache Theil nehmen können. Liegt aber auch in diesen Fällen[1]) ein Gesammtrecht? Diese Frage ist nunmehr zu erörtern.

Soviel dürfte von vornherein klar sein, daß die in §. 4. erörterten Fälle sich nicht auf Einen Grundgedanken zurückführen lassen.

1) Von der Superficies handeln wir im Nachstehenden nicht, da wie in §. 4. gezeigt ist, der Gegenstand des Besitzes ein andrer beim dom. superf., ein andrer beim Superficiar ist.

Dafür ist schon der rein äußerliche Umstand beweisend, daß in l. 3. §. 5. de poss. bloß vom Precarium und der violenta und clandestina possessio geredet, das Faustpfand hingegen übergangen wird. Noch klarer wird es, wenn man bedenkt, daß nur beim Pfande eine Theilung des Besitzes nach den einzelnen Befugnissen in den Quellen vorkommt, (der Verpfänder besitzt ad usucapionem, der Pfandgläubiger ad reliquas omnes causas); wenn man bedenkt, daß diese Theilung von allen römischen Juristen anerkannt wurde (dies ist oben S. 86. gegen Bruns ausgeführt worden), während die Fälle der poss. duor. in sol. noch beim Abschluß der classischen Jurisprudenz unter den Römern streitig waren. Es folgt hieraus, daß auch bei Beantwortung der Frage, ob ein Gesammtrechtsverhältniß anzunehmen, der Fall des Pfandes von dem des Precarium, der clandestina und violenta possessio getrennt gehalten werden muß. Vorher jedoch die Beantwortung einer beide Fälle betreffenden Frage.

Wann nämlich würde ein Gesammtbesitz zu statuiren sein? Nach den in Abschnitt 1. auseinandergesetzten Principien nur dann, wenn zunächst Mehreren als einer Einheit der Besitz zugeschrieben, und sodann in Berücksichtigung der Thatsache, daß jene Mehreren selbständige Persönlichkeiten sind, jeder Einzelne als Besitzer in solidum erklärt wird. Wo jene Voraussetzung, die Zusammenfassung Mehrerer in eine Einheit, fehlt, könnten vielleicht — vorausgesetzt nämlich, daß es sich mit der Natur des Besitzes vertrüge — mehrere Besitze in solidum stattfinden, ähnlich wie es mehrere Solidarpfandrechte und mehrere Solidarobligationen wirklich giebt; allein ein Gesammtrechtsverhältniß würde nicht vorhanden sein. Zur Existenz eines Gesammtrechtsverhältnißes gehört, daß jeder nur deshalb berechtigt sein wolle, weil er zur Gesammtheit gehört; schließt er auch möglicherweise durch Ausübung seines Rechts die Uebrigen aus, so giebt er doch vor und bei Ausübung des Rechtes zu, daß jeder seiner Genossen ebenso wie er selbst das Recht ausüben, also ihn ausschließen dürfe; mit andern Worten: Gesammtberechtigte müssen Gleichberechtigte sein[1]). Wo nun aber

1) S. oben Abschn. 1. §. 3. S. 78 f.

die Zusammenfassung der mehreren Besitzer in eine Einheit fehlt, ist der Wille des Einzelnen nur auf Eigenberechtigung gerichtet, und erkennt die gleichzeitige Berechtigung Andrer nicht an [1]).

Legt man diesen Maßstab an die Quellen, so ergiebt sich, daß selbst Sabinus, Trebatius, Julian und Ulpian im Precarium, in der cland. und viol. poss. kein Gesammtrechtsverhältniß gesehen haben. Der Precarist bittet ut possideret, er will den Besitz für sich haben, und gönnt ihn in keiner Weise dem, von welchem er das Precarium empfängt. Dasselbe gilt vom Abwesenden und Dejicirten gegenüber dem heimlichen Occupanten und Dejicienten, und umgekehrt. Unter poss. duor. in sol. verstanden jene Juristen das Nebeneinanderbestehen zweier von Anfang an selbständiger durch kein gemeinsames Band zusammengehaltner Besitze.

Was nun aber das Pfand betrifft, so ist die von den Römern beliebte Theilung, wornach der Verpfänder ad usucapionem, der Pfandgläubiger ad reliquas causas besitzt, unsres Erachtens ein juristisches Unding. Man ist heutzutage darüber einig, daß es keine qualitative Theilung, keine Theilung nach Befugnissen giebt; einerseits würde ein Eigenthum, an welchem ein dingliches Recht in der Art bestellt worden wäre, daß niemals Consolidation eintreten solle, kein Eigenthum mehr sein, andrerseits liegt auch in dem sog. dominium utile des Emphyteuta, Lehnsmanns u. s. w. kein Eigenthum, — beides aus dem Grunde, weil man entgegengesetzten Falles eine Theilung des Eigenthums nach Befugnissen annehmen müßte. Und doch haben dies die römischen Juristen mit dem Besitz beim Faustpfand gethan. Der practische Zweck, den sie damit anstrebten, ist gar zu offensichtlich: sie wollten damit dem Verpfänder die Möglichkeit der Ersitzung erhalten. Allein dieser Zweck ließ sich auf eine andre correctere Weise erreichen; man brauchte nur dem Pfand-

1) Keineswegs läßt sich behaupten, daß überall da, wo der Besitz der Mehreren nicht gleichzeitig entstanden ist, auch nicht Gesammtrechtsverhältniß stattfindet; denn es giebt genug Gesammtrechtsverhältnisse, in welche die Einzelnen nicht gleichzeitig eintreten, z. B. die Contutel, wenn ein Tutor im Laufe der Tutel ausnahmsweise eintritt, die Compotestas, wenn der Eigenthümer eines Sclaven das Miteigenthum veräußert, die Gesammtservitut, wenn der Eigenthümer des servitutberechtigten oder verpflichteten Grundstücks das Miteigenthum veräußert.

gläubiger accessio temporis zu ertheilen oder in diesem speciellen Falle von dem Erforderniß des Besitzes abzusehen [1]); so abnorm letztres wäre, so würde es doch sein Seitenstück in der Sache haben, welche ein Erblasser zu ersitzen begonnen hat, deren Ersitzung sowohl vor als nach erworbener Erbschaft vollendet wird, wenngleich der Erbe ihren Besitz nicht ergriffen hat. Zwar geschieht dies nur unter der Voraussetzung, daß nicht ein Dritter inzwischen den Besitz ergriffen hat; allein diese Bedingung hat bloß darin ihren Grund, daß der dritte den Fortlauf der Usucapion nicht dulden, namentlich im alten Recht pro herede usucapiren will; die Gesinnung des Pfandgläubigers aber ist eine andre, und daß die Römer auf diese Gesinnung Gewicht legten, erhellt daraus, daß wenn der Pfandgläubiger sich einer Untreue schuldig machte, sie die Ersitzung für unterbrochen erklärten [2]).

Hiernach erledigt sich die Frage, ob die Römer im Faustpfand einen Gesammtbesitz sahen, von selbst. Mit mehr Recht könnte man sagen, daß weder dem Verpfänder noch dem Pfandgläubiger der Besitz zusteht, denn keiner hat ihn in seiner ganzen Fülle. Am richtigsten ist es aber wohl, dem Pfandgläubiger allein den Besitz zuzuschreiben [3]), und den Rechtssatz, daß der Verpfänder die Ersitzung fortsetze, entweder auf accessio temporis zu gründen, oder für eine aus guten practischen Gründen eingeführte Anomalie zu erklären. —

Nach den bisherigen Erörterungen scheint der Gesammtbesitz dem R. R. fremd gewesen zu sein. Dennoch halten wir dies für irrig. Nur soviel läßt sich jetzt behaupten, daß in denjenigen Fällen, in welchen die Römer entweder den Besitz nach Befugnissen theilten,

1) Dem stände nicht entgegen, daß accessio temporis in der Regel nur gegeben wird, wo eine Succession vorliegt (l. 14. §. 1. de div. temp. pr. 44, 3: plane tribuuntur (accessiones possessionum) his qui in locum aliorum succedunt), das ist eben nur die Regel; man denke ans Precarium, an die redhibirte Kaufsache.

2) l. 33. §. 4. de usurp. 41, 3.

3) Ist er aber auch zur laudatio auctoris berechtigt? Dies war unter den ältern Schriftstellern bestritten (Bachov ad Treutl. vol. 1. disp. 15. thes. 4, Lauterbach de nom. auct. §. 8. in den diss. acad. vol. 4. diss. 106). Neuere Schriftsteller behaupten es (Mittermaier im Arch. f. civ. Pr. 3, 404).

oder in welchen einige römische Juristen eine poss. duor. in sol. statuirten, kein Gesammtbesitz enthalten ist. Ließen sich dagegen Rechtsverhältnisse auffinden, in welchen mehreren Personen der Besitz in der Weise zugeschrieben würde, daß sie ihn mit durchaus gleichen Befugnissen hätten, und daß die Collision, die aus der Gleichheit der Befugnisse mit Nothwendigkeit entsteht, in irgend welcher Weise regulirt wäre, so sehen wir ein, warum es nicht auch einen Gesammtbesitz geben sollte. Man wird einwenden, daß der Besitz Detention voraussetzt [1]); allein dies trifft, seitdem es Stellvertretung im Besitz giebt, nicht zu; nichts verbietet, daß jemand das corpus für sich und einen Andren innehabe; es findet dies ja schon beim Usufructuar, Commodatar, Miether statt! Jenes Erforderniß der Detention bedeutet nur, daß, wenn Jemand ausschließlich für sich besitzen will, nicht zugleich ein Andrer, welchem die Detention fehlt, Besitzer sein kann; der letztre kann höchstens solche Interdicte erhalten, die ihm nach strenger Consequenz nicht gebühren, wird aber dadurch nicht zum Besitzer; solcher Art waren die von einigen römischen Juristen angenommnen Fälle der poss. duor. in sol. Ist aber der Detentor Willens, die Sache, außer für sich, auch noch für einen Andren zu detiniren, und haben Beide den animus poss., so läßt sich u. E. die Annahme eines Gesammtbesitzes nicht von der Hand weisen; es kommt, wie bemerkt, nur darauf an, die Rechtsverhältnisse aufzusuchen, in welchen die eben gemachten Voraussetzungen vorhanden sind; wir werden dieselben unten in Abschn. 4. 7. und in dem Legat des Ususfructus und in der dos communis [2]) kennen lernen.

1) Die poss. solo animo ist wie §. 4. III. ausgeführt an sich sehr beschränkt, und ist jedenfalls nur ein Mittel zur Zurückbehaltung, nicht zum Erwerbe des Besitzes.

2) Abschnitt 4. §. 13. gegen Ende. Abschn. 7. §. 37. gegen Ende.

Dritter Abschnitt.

Gesammteigenthum.

§. 6.

Celsus schreibt in l. 5. §. 15. comm. 13, 6 unter Zustimmung Ulpians:

duorum in solidum dominium vel possessio esse non potest. Der Satz ist in demselben Sinne gesprochen wie der andere von Paulus in l. 3. §. 5. de poss. 41, 2: ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt; das geht daraus hervor, daß Celsus dominium und possessio daneben stellt. Ist dies aber der Fall, so kann nach den Erörterungen des vorigen Abschnitts nicht zweifelhaft sein, daß Celsus und Ulpian nicht das Gesammteigenthum überhaupt ableugnen wollen; sie wollen nur behaupten, daß ein Gesammteigenthum in solchen Fällen unmöglich ist, wo die Gesammteigenthümer sich nicht zu einer einzigen Person vereinigt haben. Wo eine solche Vereinigung erfolgt ist, wo jeder den Andren neben sich als gleich vollberechtigt anerkennt, leidet der Begriff des Gesammteigenthums an keinem innren Widerspruch, und wir werden nachweisen, daß er sich in der dos communis patri et filiae und in der Pupillarsubstitution wirklich vorfindet[1]).

Dahingegen müssen wir uns selbst einen Einwand machen. Warum Gesammteigenthum bloß bei der dos comm. und der Pupillarsubstitution, warum nicht überall, wo die Parteien es wollen, wie bei der Correalobligation?

---

1) Abschn. 7. §. 37, Abschn. 8. §. 43.

Es ist richtig, daß die Theilbarkeit des Eigenthums dem Gesammteigenthum ebensowenig entgegensteht wie die Theilbarkeit der Obligation der Correalobligation; aus jener Theilbarkeit folgt nur, daß das Gesammteigenthum nicht (wie bei der Servitut und den Familienrechten) nothwendig ist; allein sie schließt nicht einen auf Untheilbarkeit gerichteten Willen aus und das Ergebniß der Untheilbarkeit in Verbindung mit der Einheit des Rechtes würde unbedingt das Gesammtrechtsverhältniß sein, es würde dies sein mit derselben Nothwendigkeit, mit welcher bei der dos comm. der Wille des Gesetzes, bei der Pupillarsubstitution der Wille des Testator das Gesammteigenthum erzeugt.

Wir sind zweifelhaft zwischen einem historischen und einem dogmatischen Grunde.

Der historische ist folgender. Die hauptsächlichsten Erwerbungsarten des alten R. R. sind die mancipatio, in jure cessio und usucapio. Die erstren beiden bestehen in einer Handlung des Erwerbers, während der Veräußerer sich passiv verhält; hat nun der Eine Erwerber die Mancipationsformel mit Bezug auf die ganze Sache ausgesprochen oder die ganze Sache zum Scheine vindicirt, so hat er das Eigenthum ganz erworben, und kein Andrer kann es nunmehr neben ihm erwerben. Möglich wäre das Eigenthum in solidum für Mehrere nur dann, wenn sie gleichzeitig die Mancipations- oder Scheinvindicationsformel aussprächen, allein es bedarf keiner Ausführung, daß ein solches Verfahren, welchem alle Deutlichkeit abgeht und das deshalb unklare Rechtsverhältnisse erzeugen würde, unzulässig ist. Die Usucapion ferner ist nur eine Ergänzung derjenigen Mängel, welche bei der Uebertragung durch Mancipatio oder Cessio obwalteten; daher sie ebensowenig wie jene Gesammteigenthum erzeugt. Und was bei jenen Haupterwerbarten des Eigenthums nach Civilrecht stattfand, das wurde später, als man Erwerbarten des jus gentium anerkannte, auf diese übertragen; trotzdem z. B. die Tradition an Mehrere in solidum fähig war, Gesammteigenthum zu schaffen.

Der dogmatische ist folgender: das Gesammteigenthum scheint kein praktisches Interesse zu befriedigen. Denn wenn schon communio est mater rixarum, so würde dies das Gesammteigenthum,

das doch viel umfassender als die bloße Theilberechtigung der Miteigenthümer ist, noch viel mehr sein. Es würde eine Collision entstehen für deren Regulirung kein Maßstab existirt; zumal wenn man erwägt, daß nicht bloß zufolge Vertrags sondern auch zufolge Legats das Gesammteigenthum entstehen würde, und demnach auf den Willen der Gesammteigenthümer bei Begründung des Verhältnisses nicht zurückgegangen werden könnte. Gerade ein solcher Maßstab existirt sowohl bei der dos comm. als bei der Pupillarsubstitution[1]). Bei der dos comm. gehören die Nutzungen zur Dos, weder Vater noch Tochter kann vorläufig darauf Anspruch machen; der Vater hat bloß die Stellung irgend eines Verwalters, ebenso die Tochter wenn etwa der Vater wahnsinnig ist; eine Collision ist hier nicht vorhanden. Bei der Pupillarsubstitution ist es ausgesprochner Wille des Testator, daß der Pupill, so lange er lebt Erbe sein, also auch die Erbschaft genießen solle; deshalb ruhen die Rechte des Substituten während jener Zeit völlig.

Wir sind geneigt dem dogmatischen Grunde den Vorzug zu geben und halten daher noch heutzutage das Gesammteigenthum nur in solchen Fällen für zulässig, welche einen Maßstab für die Regulirung der Collision in sich tragen.

---

1) S. darüber die Ausführungen in §. 37. 42. 43.

Vierter Abschnitt.

Die Gesammtservitut.

§. 7. Die Untheilbarkeit der Servituten.

Die Gesammtrechtsverhältnisse bei Servituten hängen mit der Untheilbarkeit derselben zusammen, und da die letztre noch immer ein Gegenstand des Streites in der Wissenschaft ist, so halten wir es für angemessen, eine Kritik der bisherigen Ansichten und unsre eigne Meinung vorauszuschicken.

Zwar daß überhaupt die Servituten [1]) untheilbar sind, wollen wir mit der heut allgemein herrschenden Meinung als festgestellt annehmen; denn die von den wenigen Anhängern [2]) der Theilbarkeit vorgebrachten Argumente sind theils von Andren widerlegt, theils der Widerlegung nicht bedürftig. Unsere Aufgabe setzen wir bloß darin, die Nothwendigkeit der Untheilbarkeit zu erweisen, ihre Begründung zu geben und die Begründungen anderer Schriftsteller [3]) zu beurtheilen.

---

1) Ob auch der Ususfructus, darüber handeln wir in §. 13. ausführlich.

2) Genau genommen gehört nur Girtanner de dividua quae est praed. serv. natura hieher. Denn wenn Kori (in Elvers Themis 1, 481) und Rubo (Untheilbarkeit der Obl. S. 40) die Theilbarkeit behaupten, so wenden sie den Ausdruck nur mißbräuchlich an. Ihre wahre Meinung ist, daß bei Theilung des herrschenden oder dienenden Grundstücks die Servitut vervielfältigt werde.

3) Die Dissertation Heinzelmanns, welche Elvers (Serv. S. 91. N. h) citirt, habe ich nicht erhalten können. Außerdem muß ich Luden und Hoffmann bei Seite lassen. Ersterer ist mir ganz unverständlich geblieben (Lehre von den

Schrader[1]) hat die Untheilbarkeit auf Rechnung der nationalen Anschauungen des Römischen Volkes gesetzt. Es ist (so führt er aus[2]) ein Zug in dessen Rechtsanschauung, daß das Eigenthum nicht bloß dem Begriffe nach sondern auch im concreten Rechtsleben die absolut unumschränkte Herrschaft über die Sache bleibe; Beschränkungen des Eigenthums (z. B. Servituten) wurden also grundsätzlich möglichst wenig zugelassen, und wenn zugelassen, möglichst viel beschränkt; es bildeten sich Rechtssätze, die darauf abzielten, die Integrität des Eigenthums gegenüber der Servitut zu erhalten; dazu gehört der Satz von der Untheilbarkeit. Wie nun im Lauf der Rechtsentwicklung die Ansicht über den Inhalt des Eigenthums modificirt wurde, so wurde auch die Untheilbarkeit entweder ganz aufgegeben, oder nicht mehr streng festgehalten; bei dem Nießbrauch, einem Product der spätren Zeit, finde er sich nicht mehr, ebensowenig bei der Servitut, welche an einer pars pro diviso bestellt werde. — So will Schrader unsren Satz auf historisch zufällige Momente zurückführen; eine in der Natur der Servitut begründete Erklärung giebt er nicht als möglich zu[3]); namentlich wendet er sich gegen eine Aeußerung von Donell, in welcher eine Erklärung der Servitutenuntheilbarkeit lag. Donellus[4]) hatte gemeint, ein Miteigenthümer

Serv. S. 21 und seine sonderbare Erklärung von l. 19. de usu et hab. 7, 8. auf S. 115). Letztrer begnügt sich mit der Behauptung, daß bei Prädialservituten herrschendes wie dienendes Grundstück als Individuen, d. h. als etwas Untheilbares erscheinen; nach Beweis und Begründung der Behauptung sucht man vergebens (Lehre v. d. Serv. S. 64); daher wird es Hoffmann schwer, die Untheilbarkeit des Usus zu begründen; er nimmt hier praktische Gründe zu Hilfe, „es sei nicht gut möglich eine solche Theilung zu treffen, nach welcher jeder Usuar einen entsprechenden Vortheil ziehen könnte" (a. a. O. S. 183); das müßte denn — mit demselben Recht oder Unrecht — auch von andren Servituten gelten; weshalb giebt hier Hoffmann eine andere Begründung?

1) Civ. Abh. Zweite Abth. S. 284 ff.

2) A. a. O. S. 272 ff.

3) So auch Uhland in der diss. de serv. natura divid. et individ. Tub. 1810. cap. 6.

4) Comm. l. 11. c. 9. §. 16 sqq. (Bucher'sche Ausg. 6, 316 ff.) Wenn Elvers (Serv. S. 543) anführt, daß Donell in l. 7. c. 9. eine theilweise Benutzung der Servitut für eine Unmöglichkeit erklärt, so enthält das Citat einen Druckfehler; denn Donell behandelt die Servituten in Buch 9—11, und hier habe ich jene Aeußerung nicht gefunden, namentlich nicht in B. 11. c. 18. §. 8 ff., woselbst Donell die theilweise Benutzung erörtert.

könne keine Servitut für seinen Antheil bestellen, weil er damit zugleich die ganze Sache belasten würde, ein Theil könne nicht allein dienen, diene er, so werde der andre Theil davon berührt und dessen Eigenthümer beeinträchtigt. Hiergegen wendet Schrader[1]) ein, daß in den meisten Fällen durch eine Theilung nach Zeit, Quantität u. dgl. hätte geholfen werden können; bei den negativen Servituten sei das zwar nicht angegangen, hier aber hätte man die Servitut, bis die andren Miteigenthümer sie gleichfalls bestellen, für unwirksam erklären sollen.

Dieser Auffassung gegenüber bemerkt Elvers[2]), es bleibe dennoch richtig, daß Niemand zur Hälfte gehen, zur Hälfte Wasser schöpfen könne[3]); wollte man die Servitut nach Zeit oder Quantität theilen, so verändere man das Theilungsobject; so wenig man dem Miteigenthümer statt der pars pro indiviso eine pars pro diviso zuschreiben dürfe, so wenig dürfe man ihm ein ausschließliches Recht auf eine bestimmte Nutzung einräumen. Ein gemeinsames Eigenthum sei möglich, weil jeder Miteigenthümer sein Anrecht auf einzelne Eigenthumshandlungen auf einen Mitinteressenten oder einen Dritten übertragen könne; so daß dieser nun die Gesammtbefugniß in sich vereint; eine Uebertragung der Servitut hingegen sei — mit Ausnahme des Ususfructus — unzulässig, und deshalb die Theilbarkeit außer beim Nießbrauch ausgeschlossen.

---

1) A. a. O. S. 288.

2) Servituten S. 543 ff. Uebrigens findet man bei Elvers alle Ansichten zusammen; so nimmt er S. 103 f., es sei bei körperlicher Theilung des herrschenden Grundstücks eine Theilung der Servitut in der Weise zugelassen, daß jeder Theileigenthümer eine Servitut erhalte (d. h. also sie vervielfältige sich), und S. 542. N. e. lehrt er wörtlich sogar Folgendes: „An einer Realservitut ist eine Gemeinschaft zu intellectuellen Theilen jedoch insofern möglich, als das herrschende Grundstück im Miteigenthum Mehrerer stehen kann, wo sich auch die Servitutberechtigung ihrer engen Verbindung mit der Sache wegen in einem gleichen Theilungsverhältniß spaltet". Aehnlich S. 102. 103, und trotzdem schreibt er S. 800, daß „der Untheilbarkeit der Servituten wegen durch Erhebung der Klage Seitens Eines Miteigenthümers die ganze Servitut in judicium deducirt wird". Bereits hat ihn Böcking Pand. §. 169. N. 16 angegriffen.

3) So auch Rubo Theilbarkeit der Obl. S. 39 ff.

Einen ganz andren Standpunkt nimmt Scheurl[1]) ein. Die Theilbarkeit des Usufructus leitet er daraus ab, daß dieser bestimmt ist, das Eigenthum der Früchte zu gewähren, das Eigenthum aber ein anerkannt theilbares Recht ist[2]). Bei dem Usus betont er, daß der Inhalt der Servitut durch das Bedürfniß des herrschenden Individuum bestimmt werde, und zieht hieraus den Schluß, daß er nicht geändert werden könne[3]). Dasselbe, was vom Usus, gelte aber auch bei Realservituten, daher sei es einflußlos, daß einige von diesen, wie der Nießbrauch im Erwerb des Eigenthums bestünden (z. B. die serv. arenae fodiend., cret. exim.), andre eine Menge Facta enthielten, die der Zahl nach theilbar seien[4]).

In neuester Zeit hat sich noch Bechmann[5]) über die Untheilbarkeit des Usus und die Theilbarkeit des Usufructus ausgesprochen. Ausgehend von dem Satze, daß ein Recht theilbar sei, wenn sein Inhalt es ist, behauptet er, daß diejenigen Rechte, welche wesentlich in einer Handlung bestehen, untheilbar seien, weil eigentlich jede Handlung es sei; doch unterscheidet er wiederum die Handlungen in solche, welche ihr eigner Zweck und ihr eignes Ziel sind, und in solche, welche bloß das Mittel zu einem Zwecke sind. Letztere hält er für theilbar, wenn es der Zweck ist, erstere für untheilbar. Diesen Gegensatz findet er beim Usus und Usufructus ausgedrückt; der Usus, bei welchem die Handlung Selbstzweck sei, ist seiner Ansicht nach untheilbar, den Usufructus, bei welchem die Handlung bloß den Eigenthumserwerb vermittelt, hält er für theilbar.

Es will uns scheinen, daß in diesen Ausführungen die wahre Ursache für die Untheilbarkeit der Servituten nicht gegeben ist, wenn wir auch einräumen, daß unsere Ansicht bloß ein Weiterbauen auf Grund der Scheurl'schen ist.

Wenn Schrader von dem Festhalten der Römer an der Unumschränktheit des Eigenthums spricht, und daraus ihren „Haß" gegen

1) Comment. ad ll. 2. 3. 4. 72. 85. de verb. obl. 45, 1. Erlang. 1835.
2) L. c. p. 60.
3) L. c. p. 60. 61.
4) L. c. p. 62. 63.
5) Ueber den Inhalt und Umfang der Personalservitut des Usus S. 93 ff. Ueber Ubbelohde's Ansicht s. unten §. 13.

Servituten zu erklären sucht, so hat er nichts Falsches gelehrt. Denn es ist richtig, daß Römisches und Deutsches Recht gerade hierin sehr weit auseinandergehen: jenes kennt nur eine geschlossne Reihe von dinglichen Rechten (— wenn man will, nur ein einziges: die Servitut —), dieses eine solche Unzahl, daß der theoretische Begriff des Eigenthums im Rechtsverkehr fast verloren zu sein scheint. Allein die Untheilbarkeit der Servituten hängt mit dem „Hasse" der Römer gegen dieselben nicht zusammen; das geht schon daraus hervor, daß sie nicht etwa bloß der theilweisen Bestellung der Servituten entgegentritt (servitus pro parte acquiri non potest) sondern daß sie auch deren Dauer begünstigt (servitus per partes retinetur, pro parte amitti non potest). Wenn Schrader[1]), um das letztre zu erklären, auf die Rechtsregel verweist, wonach ein Recht nur auf dieselbe Weise erlischt, als es entstanden ist, so scheint uns die Bezugnahme nicht zulässig: einmal, weil diese Regel überhaupt keine allgemeingiltige und keine zwingende[2]) ist, sodann, weil sie sich bloß auf die Art und Weise der Entstehung und Erledigung der Rechtsgeschäfte, und nicht auf ihre materiellen Erfordernisse bezieht[3]), endlich aber, weil ihrer in unserer Materie auch nicht mit einem Wort gedacht wird.

Die Deduction von Elvers enthält ein doppeltes Argument: zuerst das (angeblich Donellische) man könne nicht zur Hälfte gehen, zur Hälfte Wasser leiten, sodann den Grundsatz von der Unübertragbarkeit der Servituten. Letztres Argument ist nun jedenfalls unrichtig; wo erklären die Quellen das Miteigenthum nur deshalb für möglich, weil die Befugnisse der Genossen übertragbar sind? können nicht Miteigenthümer zusammen wirthschaften? und warum sollte dasselbe nicht von Servitutberechtigten gelten? Auch entwickeln ja die Quellen die Unübertragbarkeit und Untheilbarkeit der Servitut ganz unabhängig von einander. So bleibt denn noch das erstre Argument übrig. Elvers meint, daß wenn man einem Servitut-

1) A. a. O. S. 301 ff.

2) S. hierüber oben Abschn. 2. §. 4. S. 94 f.

3) l. 35. l. 100. l. 153. de reg. jur. 50, 17. l. 80. de sol. 46, 3. l. 46. de poss. 41, 2.

mitberechtigten (weil er nicht zur Hälfte gehen resp. Wasser schöpfen kann) das Recht gebe, zu bestimmten Zeiten zu gehen, ein bestimmtes Maaß Wasser zu schöpfen, man das Theilungsobjekt verändre. Damit macht Elvers den Gegnern, wie uns scheint, einen ungegründeten Vorwurf; denn das Recht zu bestimmten Zeiten zu gehen, ein bestimmtes Maaß Wasser zu schöpfen, ist nicht Objekt der Servitut, sondern Resultat ihrer Ausübung; sowie die Früchte einer Sache unter den Miteigenthümern vertheilt werden, so könnten auch die Nutzungen der Servitut vertheilt werden — ohne daß damit der getheilten Servitut (vorausgesetzt daß es eine solche gäbe) Abbruch geschähe. Elvers verwechselt also Object und Nutzung eines Rechts.

Was endlich Scheurl betrifft, so finden wir bei ihm den richtigen Satz, daß die Untheilbarkeit mit dem Bedürfniß, auf welches die Servitut sich bezieht, in Verbindung zu setzen sei; seiner Fassung jedoch können wir nicht beitreten. Scheurl meint, Usus und Realservituten seien untheilbar, weil ihr Inhalt durch die Größe des Bedürfnisses bestimmt wird; wir meinen hingegen, sie sind untheilbar, weil sie einem Bedürfniß abhelfen sollen. Wenn wir sagen, die Größe des Bedürfnisses bestimmt den Inhalt der Servitut, so meinen wir doch bloß, daß über das Bedürfniß hinaus die Servitut nicht ausgeübt werden dürfe, namentlich also nicht zu dem Zwecke, um einem Dritten die Vortheile der Servitut gleichfalls zuzuwenden. Nichts aber stände im Wege, daß eine Servitut so bestellt werde, daß das Bedürfniß nur zur Hälfte befriedigt werde; giebt es doch bei mehreren gleichstehenden Wasserberechtigten eine divisio aquae[1]), und giebt es doch ferner Servituten, bei welchen das Bedürfniß des herrschenden Individuum nicht vollständig befriedigt wird, weil die dienende Sache nicht ergiebig genug ist. Das Bedürfniß freilich kann nicht getheilt werden, die Befriedigung des Bedürfnisses aber könnte sehr wohl zum Theile geschehen.

Ganz anders verhält es sich, wenn man mit uns darauf zurückgeht, daß die Servituten einem Bedürfnisse[2]) abhelfen sollen.

Vergegenwärtigen wir uns das, was wir oben (Abschn. 1. §. 2. S. 62 f.) von der öconomischen und natürlichen Function der

1) Vgl. l. 4. l. 5. de aqu. quot. 43, 20.

2) Anerkannt besonders in l. 5. i. f. l. 6. de serv. pr. rust. 8, 3.

Sachen gesagt haben. Die öconomische Function zeigt sich darin, daß das Haben der Sache an sich dem Eigenthümer gewisse Vortheile bringt; jedes einzelne Eigenthum trägt zu wohlgeordneten Vermögensverhältnissen bei; der Eigenthümer genießt den Credit, und hat vermöge des Rechts zum Verkauf und Umtausch die Möglichkeit, wo eine Lücke in seinem Vermögen sich zeigt, sie auszufüllen; wenn er auch die Sache nicht gegenwärtig benutzt, so besteht doch ihre öconomische Function darin, daß der Eigenthümer die Sicherheit hat, er werde sie im Bedürfnißfalle benutzen können. Die natürliche Function besteht wesentlich in einer Thätigkeit der Sache, welche der Berechtigte sich zu nutze macht, in einer Aeußerung ihrer natürlichen Eigenschaften, kurz in ihrer Benutzung. Es liegt aber auf der Hand, daß eine solche Benutzung nur an der ganzen Sache stattfinden kann, nicht an einem intellectuellen Theil derselben; denn der intellectuelle Theil ist nichts Natürliches, sondern etwas Gedachtes [1]); er existirt nicht in der Wirklichkeit, sondern vermöge des Willens gewisser Menschen; er ist die als getheilt gedachte, nicht getheilt seiende Sache. Ein solches bloß in Gedanken existirendes Ding ist selbstverständlich zur Aeußerung natürlicher Eigenschaften und Kräfte unfähig.

Hiermit halte man nun die Servitut zusammen; sie soll dem Bedürfniß eines Individuum abhelfen. Beides, das Bedürfniß wie dessen Abhilfe, geht das natürliche Dasein der Sache an. Von der Abhilfe haben wir bereits gesprochen: eine pars pro indiviso kann nicht natürliche Eigenschaften äußern. Aber auch das Bedürfniß betrifft das natürliche Leben der Sache (resp. beim Usus des Menschen); was bloß durch den Willen, was dem Gedanken nach existirt, empfängt durch diesen Willen und Gedanken seinen ganzen Gehalt; es hat keine Selbständigkeit, kein natürliches Leben, keinen Trieb der Selbstbefriedigung, also auch kein Bedürfniß: mit andern Worten: eine pars pro indiviso als etwas rein auf dem Willen Beruhendes, rein im Gedanken Existirendes hat kein Bedürfniß.

1) Wir folgen hierbei der Auffassung des intellectuellen Theils von Wächter (Arch. f. civ. Pr. 27. No. 7), Unger Oest. Pr. I, 416. und Windscheid Pand. §. 140. N. 4. Allzu geringschätzig behandelt sie Ubbelohde Lehre von den unth. Obl. S. 3.

Daher keine Servitut weder für eine pars pro indiviso noch an einer solchen. Aus der innersten Natur der Servituten folgt deren Untheilbarkeit, so daß mit Recht Pomponius [1]) sagen konnte:

et servitutes dividi non possunt, nam earum usus ita est connexus, ut qui eam partiatur, *naturam ejus corrumpat.*

Man möchte uns vielleicht das qui nimium probat nihil probat entgegensetzen. Beim Nießbrauch nämlich, bei welchem es sich zwar nicht um Befriedigung eines Bedürfnisses handelt, tritt doch die Sache immer in ihrer natürlichen Eigenschaft, weil als fruchterzeugend, auf; ein Ususfructus an einem intellectuellen Theil dürfte, so scheint es, hiernach nicht existiren können, und doch giebt es einen solchen nach der herrschenden Meinung unzweifelhaft. Diesem Einwand werden wir in §. 13. begegnen, wo der Ususfr. an Quoten dargestellt werden soll; dort wird gezeigt werden, daß auch der Ususfructus an sich untheilbar ist, und daß, wenn er trotzdem in den Quellen als theilbar bezeichnet wird, dies in einem ganz anderen Sinn zu nehmen ist als gewöhnlich geschieht.

Noch müssen wir entwickeln, wie wir uns zu Bechmann's Ansicht verhalten, deren Critik wir deshalb hierher verschoben haben, weil sich unsre eigne Ansicht am besten im Anschluß an die Critik der Scheurl'schen darstellen ließ. Vor Allem nun scheint uns Bechmann von einem practisch nicht brauchbaren Princip ausgegangen zu sein; denn wenn jede Handlung an sich untheilbar, und nur dann, wenn sie Mittel zum Zweck ist, theilbar ist: wann soll man sie für einen Selbstzweck, wann für ein bloßes Mittel zu einem Zweck erklären? Bechmann's Ansicht läuft nothwendig darauf hinaus, daß man nur im concreten Fall die Theilbarkeit und Untheilbarkeit bestimmen, unmöglich aber allgemeine Grundsätze darüber aufstellen kann, und dieses Resultat wird er gewiß nicht wollen. — Aber auch unrichtig ist Bechmann's Princip. Er macht zum „Gegenstand und Inhalt" [2]) des Eigenthums und des Erbrechts die Sache, hingegen zu dem der Servitut und der Obligation ein Handeln, weil „man nicht halb gehen, geben, wohnen könne". So

1) Dieses fr. Pompon. hat Cramer in Hugo's civil. Magazin VI, 1. mitgetheilt.

2) Sollte nicht Gegenstand etwas andres als Inhalt sein?

soll also der Grundcharakter der Servitut der Obligation mehr verwandt sein als dem Eigenthum? Aber von Bechmann's Standpunkt aus besteht ja auch das Eigenthum wesentlich in einem Handeln, denn auch der Eigenthümer kann nicht halb verkaufen, sondern nur entweder verkaufen oder nicht verkaufen, oder die Hälfte verkaufen u. s. w. Bechmann's Irrthum scheint uns in Folgendem zu liegen. Er hat bei der Servitut und der Obligation den Inhalt mit der Ausübung verwechselt: die Ausübung eines Rechts ist freilich immer untheilbar; daraus folgt aber nichts für ihren Inhalt. Auch beim Eigenthum ist die Ausübung untheilbar, hier aber hat Bechmann die Verwechselung vermieden, und auf diese Weise ist er zu seiner Theorie gekommen. — —

§. 8. Mehrere gleichartige Servituten an einem Grundstück.

Die Untheilbarkeit der Servituten führt, wie bereits bemerkt, nothgedrungen zu einem Gesammtrechtsverhältniß [1]). Damit dasselbe in seiner Eigenthümlichkeit erfaßt werde, wollen wir die Darstellung eines Rechtsverhältnisses, welches äußerlich viel Aehnlichkeit mit dem Gesammtrechtsverhältniß hat, vorausschicken. Dasselbe ist dann vorhanden, wenn an einem Grundstücke mehrere gleichartige Servituten vorhanden sind.

Servituten sowohl verschiedner als gleicher Art können an demselben Grundstücke bestehen; die Grenze der Häufung ist lediglich der Satz, daß der bereits bestehenden Servitut kein Abbruch geschehe. Daher ist eine Wasserleitung neben einer Wegegerechtigkeit auf demselben Stück Landes unzuläßig [2]), ebenso unzuläßig eine Wasserleitung über einem Wege oder ein Tunnel unter einer Wasserleitung; jenes weil der Weg versumpfen oder unrein werden würde, dieses weil das Wasser durchsickern möchte [3]). Zuläßig hingegen sind mehrere Wasserservituten neben einander; die l. 3. §. 6. de aq.

1) Die zweite Wirkung der Untheilbarkeit ist daß, daß wenn auch die Servitut nicht immer bis zum vollsten Maße ausgeübt wird, dennoch die Servitut in ihrem ganzen Umfange erhalten bleibt, l. 2. l. 8. §. 1. quemadm. serv. am. 8, 6.

2) l. 14. de serv. pr. rust. 8. 3.

3) l. 11. pr. aq. pluv. arc. 39, 3.

quot. 43, 20. berichtet von einer Wasserleitung, welche über einer bereits bestehenden errichtet und für rechtsgiltig erklärt wird (jure ducitur), wenn der bereits bestehenden kein Schaden geschieht. Es werden aber auch mehrere Wasserservituten an demselben Stück Landes erwähnt; ist die eine bereits bestellt, so ist bei Bestellung der zweiten die Zustimmung des bisherigen Wasserberechtigten nöthig; werden sie gleichzeitig bestellt, so wird häufig bei der Bestellung jedem Wasserberechtigten eine andre Zeit für die Ausübung der Servitut vorgeschrieben werden; bei genügender Wassermasse können sogar die mehreren Wasserberechtigten die Servitut zu gleicher Zeit ausüben [1]); wo letztres nicht der Fall und auch im Vertrag keine besondre Regulirung getroffen ist, wird diese Regulirung in einem utile (communi dividundo) judicium nachgeholt; es geschieht eine Theilung nach der Zeit oder nach der Wassermasse (temporibus vel mensuris [2]). — Auch mehrere gleichartige Wegservituten kommen vor und zwar wiederum so, daß sie hinter einander oder gleichzeitig bestellt werden [3]); bei diesen wird die Nothwendigkeit der Zustimmung des ältren Wegeberechtigten sowie eine Theilung [4]) nach Zeiten nicht erwähnt; beides dürfte wohl aus dem Grunde überflüßig sein, weil mehrere Servituten dieser Art füglich gleichzeitig ausgeübt werden können. — Auch ein Usus für Mehrere und eine Regulirung seiner Ausübung durch (utile) communi dividundo judicium wird erwähnt [5]).

---

1) l. 2. §§. 1. 1. 2. de serv. pr. rust. 8, 3.

2) l. 4. l. 5. pr. de aqu. quot. 43, 20.

3) Hinter einander: l. 15. comm. pr. 8, 4; gleichzeitig l. 5. de aqua quot. 43, 20.

4) Bei Wasserservituten wird ihrer sehr häufig gedacht; vgl. außer den in N. 1. 2. citirten Leges noch l. 5. §. 1. de aqu. quot. 43, 20. und l. 19. §. 4. comm. div. 10, 3. — In l. 5. §. 1. de serv. 8, 1. drückt der Jurist sich so allgemein aus, daß danach auch bei Wegservituten eine Theilung angenommen werden könnte.

5) l. 10. §. 1. comm. div. 10, 2. Die hier erwähnte adjudicatio usus kann auf den Usus selbst nicht bezogen werden, einmal weil der Usus unübertragbar ist und sodann, weil der angebliche Adjudicatar bereits den vollen Usus hat; sie kann also nur auf die Ausübung des Usus bezogen werden. (So versteht auch Bechmann a. a. O. S. 98. N. 1. die Ler). Möglich übrigens ist, daß der Juder wirklich dem einen Usuar den vollen Usus adjudicirte; da dieses

Welches ist nun das Rechtsverhältniß dieser mehrfachen Servitutberechtigten? Die l. 16. quemadm. serv. am. 8, 6. giebt darüber vollen Aufschluß. »Proprium cujusque eorum jus fuit«, stellt der Jurist als Princip an die Spitze, und zieht daraus für den speciellen zur Entscheidung vorliegenden Fall zwei Folgerungen. Die Eigenthümer verschiedner Grundstücke hatten an demselben dienenden Grundstück eine Wasserleitungsservitut; zuerst leiteten sie das Wasser in einer gemeinsamen Rinne ab; von dieser führten verschiedne Rinnen das Wasser den einzelnen Grundstücken zu; der eine Wasserberechtigte unterließ die Ausübung der Servitut in der Verjährungsfrist. Proculus entscheidet:

1) die Ausübung der übrigen Wasserberechtigten nützt dem Nichtausübenden nicht; die Verjährung gegen ihn ist dadurch nicht unterbrochen worden: proprium enim cujusque eorum jus fuit nec per alium usurpari potuit.
2) der Vortheil, der durch den Wegfall des einen Wasserberechtigten entstanden ist, kommt nicht den übrigen Wasserberechtigten, sondern den Eigenthümer des belasteten Grundstücks zu Statten.

Der erste Satz wird durch l. 10. §. 1. comm. div. 10, 3. bestätigt: Si usus tantum noster sit qui neque venire neque locari potest, quemadmodum divisio potest fieri in communi dividundo judicio, videamus. Sed praetor interveniet et rem emendabit, ut si judex alteri usum adjudicaverit, non videatur alter qui mercedem accepit non uti, quasi plus faciat, qui videtur frui, quia hoc propter necessitatem fit. Ist einem Usuar der Usus allein „adjudicirt“ [1]) und der andre mit Geld abgefunden, so befindet sich der letzte genau genommen im Zustande des Nonusus und die Ausübung des erstren nützt ihm nichts. Nur deshalb, weil der Nichtausübende sich dem richterlichen Urtheil gemäß verhalten hat, dieses richterliche Urtheil aber die Sache nur auf die geschehene Weise reguliren konnte

---

Erkenntniß aber contra jus war, so mußte der Prätor, wie die Ler überliefert, das Urtheil „emendiren“. — Uebrigens wird adjudicatio in den Quellen nicht immer in technischer Bedeutung gebraucht, s. Gai. 3, 189. Paul. sent. rec. 2, 21. §. 17. l. 16. §. 5. de pign. 20, 1. l. 12. pr. qui pot. 20, 4. l. 39. pr de jure fisci 49, 14.

1) Vergleiche hierzu die vorhergehende Anmerkung.

(quia hoc propter necessitatem fit), und weil ferner der nicht-ausübende Usuar Geld erhielt, nimmt sich der Prätor seiner an, sieht in dem Geldempfang nicht bloß ein uti, sondern ein frui, und läßt die Folgen des Nonusus nicht eintreten.

Der zweite Satz ist nicht so unbedenklich, als er auf den ersten Anblick zu sein scheint. Wir kommen darauf am Schluß des §. 13. zurück; jedenfalls beweist die von Proculus gezogne Folgerung, daß bei mehrfacher Wasserberechtigung die einzelnen Servitutinhaber in keiner Verbindung stehen.

Die l. 19. §. 2. comm. div. 10, 3. bestätigt dieses Resultat; hier bemerkt Pomponius nach der Relation von Paulus, daß wenn von zwei Wegberechtigten der eine eine Auslage auf den Weg gemacht hat, die act. comm. divid. oder pro socio ihm nicht zustehe; denn, fügt er hinzu: quae communio juris separatim intelligi potest?[1]).

§. 9. Die Servitut bei intellectueller und reeller Theilung des herrschenden Grundstücks.

Betrachten wir den Ausführungen des vorigen §. gegenüber das Rechtsverhältniß, wie es sich bei Theilung des herrschenden oder dienenden Grundstücks, und zwar in diesem §., wie es sich bei Theilung des herrschenden Grundstücks gestaltet.

Hier ist zunächst der erste Satz der l. 23. §. 3. de serv. pr. r. 8, 3. zu gedenken, eine Stelle, die dadurch vor andren sich auszeichnet, daß sie das Rechtsverhältniß in seiner Totalität, nicht bloß

1) Diese Stelle bezieht Brinkmann (Verhältniß der act. comm. divid. und neg. gest. S. 121) auf ein im Miteigenthum stehendes Grundstück und übersetzt sie so: „welche Gemeinschaft des Servituteurechts kann, getrennt von der hier vorhandnen aber nicht in Betracht kommenden Gemeinschaft an dem herrschenden Grundstück angenommen werden?“ Die von uns im Text gegebne Auffassung bezeichnet Brinkmann als irrig, weil, wenn sie richtig wäre, im Fall des Miteigenthums argumento e contrario die act. comm. div. zuläßig sein müßte, was nach l. 31. §. 7. de neg. gest. 3, 5. nicht der Fall ist. — Allein man weiß, wie oft die arg. e contr. zu Trugschlüssen führt, überdies ist Brinkmanns eigne Erklärung höchst willkürlich.

in einzelnen Beziehungen erörtert, und daß sie sich auf beide Arten der Theilung, die intellectuelle und die reelle, bezieht. Sie lautet:

> Quaecunque servitus fundo debetur, omnibus ejus partibus debetur, et ideo quamvis particulatim venierit, omnes partes servitus sequitur, et ita ut singuli recte agant, jus sibi esse fundi.

Die hier erwähnten partes und das particulatim venire können dem Sprachgebrauch nach sowohl intellectuelle als reelle Theile bezeichnen; daß auch der Jurist beide Arten von Theilen verstanden wissen wollte, erweist der unmittelbar folgende Satz der l. 23. cit.:

> Si tamen fundus, cui servitus debetur, certis regionibus inter plures dominos sit divisus, quamvis omnibus partibus servitus debeatur, tamen opus est, ut his qui non proximas partes servienti fundo habebunt, transitum per reliquas partes fundi divisi jure habeant, aut si proximi patiantur, transeant.

Der Zusammenhang ist folgender. Bei jeder Theilung des Grundstücks, sowohl der intellectuellen als der reellen, bleibt die Servitut bei jedem Theile, und *rechtlich* ist jeder Theileigenthümer Inhaber der Servitut, so daß er intendiren kann: jus sibi esse fundi; *factisch* aber freilich kann die Sache sich bei *reeller* Theilung anders stellen; bei einer Wegservitut nämlich (— nur von dieser behauptet es der Jurist, und daraus folgt, daß, wenn es auch auf *einige* andre, doch nicht auf *alle* anderen Anwendung findet —) kann der Eigenthümer des entfernter liegenden Theiles die Servitut nur dann ausüben, wenn er eine Wegservitut über den dazwischen liegenden Theil erwirbt, oder doch ihm wenigstens der Durchgang über diesen Theil, wenn auch nicht als Servitut, gestattet wird.

Der Zusammenhang also bedingt, den ersten Satz von l. 23. cit. auf beide Arten von Theile, intellectuelle wie reelle, zu beziehen. Zugleich erklärt der Jurist:

> omnes partibus servitus sequitur

und ferner

> singuli recte agunt jus sibi esse fundi.

Daß hierin Gesammt- und Sonderberechtigung liegt, werden wir in §. 12. des Weiteren ausführen. Vorläufig mag noch verwiesen

werden auf l. 34. pr. de serv. pr. r. 8, 3, wo es von dem Miteigenthümer eines herrschenden Grundstückes heißt:

quamvis enim *unusquisque sociorum solus sit* cui servitus debetur . . .

Soviel im Allgemeinen über das Rechtsverhältniß. Indem wir uns nunmehr zu den einzelnen Bestimmungen wenden, halten wir es für angemessen, die intellectuelle Theilung von der reellen zu scheiden.

I. Die intellectuelle Theilung. In folgenden Beziehungen besteht eine Wechselwirkung zwischen den einzelnen Socii:

1) Schon oben ist nach l. 23. de serv. pr. r. 8, 3. angeführt worden, daß jeder Socius selbständig die Servitutenklage anstellen kann; dasselbe wird bestätigt durch l. 6. §. 4. si serv. vind. 8, 5:

Si aedes plurium dominorum sint, an in solidum agatur, Papinianus tractat, et ait singulos dominos in solidum agere, sicuti de ceteris servitutibus excepto usufructu.

l. 1. §. 5. de arb. caed. 43, 27: quia et servitutum vindicationem singuli habeant.

Es entsteht aber die Frage: welch eine Wirkung hat das vom siegenden oder besiegten Kläger ausgebrachte Urtheil auf die nichtklagenden Miteigenthümer? Hierüber verhalten sich l. 4. §. 3. l. 19. quemadm. serv. vind. 8, 5, sowie l. 31. §. 7. de neg. gest. 3, 5:

l. 4. §. 3. cit.: Si fundus cui iter debetur plurium sit, unicuique in solidum competit actio; sed in aestimationem id quod interest veniet, scilicet quod ejus interest qui experitur. Itaque de jure quidem ipsi singuli experientur, et victoria et aliis proderit, aestimatio autem ad quod ejus interest revocabitur, quamvis per unum servitus acquiri non posset.

l. 19. cit.: Si de communi servitute quis bene quidem deberi intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpa sua, non est aequum hoc ceteris damno esse; sed si per collusionem cessit litem adversario, ceteris dandam esse actionem de dolo, Celsus scripsit, idque ait Sabino placuisse.

l. 31. §. 7. cit.: Uno defendente causam communis aquae, sententia praedio datur.

Betrachtet man bloß die Worte der l. 4. §. 3. cit. »victoria et

aliis proderit«, so könnte man sich die Art und Weise, in welcher das ergangne Urtheil dem nichtklagenden Miteigenthümer zu Gute kommt, in zweifacher Weise denken: entweder so, daß der Richter in dem zweiten von einem andren Miteigenthümer angestellten Proceß die Existenz der Servitut noch einmal feststellt, dies aber ohne neue Beweisaufnahme, weil im Vorproceß der Beweis bereits erbracht sei, oder daß er die Servitut nicht mehr feststellt, sondern sie als festgestellt annimmt und sich bloß auf Untersuchung des Miteigenthums des zweiten Klägers und die ihm gebührende Schadensersatzsumme beschränkt[1]). Man braucht diese beiden Auffassungsweisen nur neben einander zu stellen, um sich sofort für die zweite zu entscheiden; denn wäre die erste richtig, und wäre danach für den zweiten Richter nicht der Tenor des Vorerkenntnisses, sondern dessen Begründung (der erbrachte Beweis) verbindend: wie würde eine solche Anomalie zu erklären, und warum sollte namentlich dem Verklagten im zweiten Proceße der Gegenbeweis abgeschnitten sein? Auch heißt es ja in l. 4. §. 3. cit. nicht bloß »victoria et aliis proderit«, vielmehr gehen diesen die Worte »de jure quidem ipsi singuli experientur« voran, und als Gegensatz hierzu ist später die Aestimatio aufgestellt, welche der klagende Miteigenthümer nur nach Verhältniß seines Interesses empfängt, d. h. es wird durch die Klage Eines Miteigenthümers der objective Bestand der Servitut (— wenn dieser Ausdruck hier gestattet ist —) rechtskräftig und für alle Miteigenthümer festgestellt: das jus praedii; nur was die Personen, welchen dieses jus praedii zusteht, betrifft, so handelt es sich im Vorproceß nur um den Anspruch des speciellen Klägers und daher auch bloß um sein Interesse, welches allein Maßstab der Condemnation wird.

Am deutlichsten bestätigt wird diese Ausführung durch l. 31. §. 7. cit., woselbst es heißt, daß sententia praedio datur; wie uns

1) Man könnte vielleicht noch an eine dritte Erklärung denken: wenn die Servitut an den siegenden Kläger restituirt wird, so kommt dies wegen ihrer Untheilbarkeit auch den nichtklagenden Miteigenthümern zu Statten. Allein diese Interpretation ist zu verwerfen, denn nach den Worten der Ler ist der Vortheil der Nichtkläger schon mit dem obsieglichen Erkenntniß und nicht erst mit der Restitution der Servitut begründet.

scheinen will, ist dies nichts andres als: jus praedii per sententiam declaratur. Aber mit nicht wenigerem Recht dürfen wir uns auf l. 19. cit. berufen. Hier heißt es, daß, wenn der eine klagende Miteigenthümer den Proceß durch seine Schuld verliert, »non est aequum hoc ceteris damno esse«. Dies kann sich nur auf eine den übrigen Miteigenthümern zu gewährende Restitutio in integrum beziehen; dafür sprechen sowohl die Worte »non est aequum« als die am Schluß der Lex gewährte actio de dolo. Was nämlich die Worte »non est aequum hoc ceteris damno esse« betrifft, so können sie u. E. durchaus nicht mit Savigny [1]) dahin ausgelegt werden, daß darnach die nichtklagenden Miteigenthümer eine Entschädigungsklage gegen den klagenden Genossen zusteht; diese Klage würde nicht auf die bloße Billigkeit, sondern auf das strenge Recht (den Quasicontract) zu stützen gewesen sein. Bezüglich der act. de dolo aber ist zu bemerken, daß dieselbe nicht gegen den colludirenden Socius (— gegen diesen findet die act. comm. divid. Statt [2]) —) sondern nur gegen den freigesprochnen Verklagten des Vorprocesses gerichtet sein kann; ist dies aber der Fall, so ist zugleich erwiesen, daß das Urtheil des Vorprocesses gegen alle, auch die nicht klagenden Miteigenthümer wirksam ist. — Der Zusammenhang der l. 19. cit. ist hiernach folgender: Jeder Miteigenthümer ist befugt, einen für alle Genossen rechtsverbindlichen Proceß zu führen [3]); fällt dieser Proceß für den Kläger ungünstig aus, so haben, wenn Collusion der Grund war, schon Sabinus und Celsus die act. de dolo gegen die freigesprochnen Verklagten; über den Fall, wo Kläger eine Culpa begangen, hatten sich diese Juristen nicht ausgesprochen, Marcian aber wollte hier die nichtklagenden Socii in integrum restituirt wissen.

Es folgt aber hieraus ein characteristischer Rechtssatz für die act. confessoria. Dieselbe kann nämlich nur einmal angestellt werden, wenngleich mehrere Miteigenthümer vorhanden sind; ist sie

1) System 6, 480. — Mit uns stimmt überein Elvers Serv. S. 800. N. n.

2) l. 20. l. 26. comm. div. 10, 3. l. 16. §. 4. fam. exc. 10, 2. Einige Glossatoren faßten die act. de dolo als act. comm. divid. nomine doli und gestatteten sie bloß dem Socius gegenüber. (Glosse de dolo zu l. 19. cit.) Roger und Accursius erklärten sie als replicatio intentata prima actione.

3) Andrer Meinung ist Westphal de lib. et serv. praed. §§. 972. 973. N. 850. 851. und Glück Commentar 10, 236.

von einem Miteigenthümer angeſtellt, und ſtellt ſie hierauf ein andrer wegen deſſelben rechtsverletzenden Actes an, ſo ſteht ihm die exceptio rei judicatae entgegen; höchſtens würde derſelbe, ſofern das Vorerkenntniß günſtig ausfällt, die replicatio rei secundum socium judicatae machen dürfen; es iſt aber ebenſo zuläßig, daß er ein arbitrium litis aestimandae oder eine actio in factum anſtellt, in welcher die Servitut und die Verletzung derſelben als bereits feſtſtehend erwähnt ſind [1]), ſo daß die Intentio si paret A. A. jus esse eundi per fundum Cornelianum weggelaſſen würde. War aber das Vorerkenntniß abſolutoriſch, ſo wird die gemachte exc. rei judic. auch gegen den zweiten Kläger durchgreifen.

2) Wird die Servitut nur von einem einzigen Miteigenthümer ausgeübt, ſo wird die Verjährung der Servitut für alle Miteigenthümer unterbrochen. Die ſchon oben citirte l. 16. quemadm. serv. am. 8, 6. ſtellt dies als Gegenſatz zu dem Falle auf, wenn mehreren Grundſtücken gleichartige Servituten zuſtehen, indem hier die Ausübung des einen Grundeigenthümers den übrigen nichts nützt:

> ... existimo eum jus ducendae aquae amisisse, nec per ceteros qui duxerunt jus usurpatum esse; proprium enim cujusque eorum jus fuit, neque per alium usurpari potuit. Quodsi plurium fundo iter aquae debitum esset, per unum eorum omnibus his, inter quos is fundus communis fuisset, usurpari posuisset.

Ebenſo ſagt Paulus in

> l. 5. eod.: servitus et per *socium* et fructuarium et bonae fideipossessorem retinetur.

Auch folgt der Rechtsſatz aus

> l. 25. §. 18. fam. erc. 10, 2: Item culpae nomine tenetur, qui quum ante alios ipse adiisset hereditatem, servitutes praediis hereditariis debitas passus est non utendo amitti.

1) Aehnlich der Formel, welche Savigny Syſtem 7, 77. bei einem geſchwornen Eide concipirt hat. — Man vergleiche auch l. 62. §. 1. de evict. 21, 2: Si ei qui mihi vendidit plures heredes extiterunt, una de evictione obligatio est, omnibusque denuntiari et omnes defendere debent; si de industria non venerint in judicium, unus tamen ex his liti substitit, propter denuntiationis vigorem et praedictam absentiam omnibus vincit aut vincitur: *recteque cum ceteris agam quod evictionis nomine victi sint.*

3) Die persönlichen Privilegien eines Miteigenthümers äußern rechtliche Wirkung für dessen Genossen, daher wenn eine Servitut die gesetzliche Zeit hindurch nicht ausgeübt ist, dieselbe für alle Miteigenthümer erhalten bleibt, wenn sich unter ihnen ein Pupill befindet. Es ist dies ausgesprochen in

l. 10. pr. quemadm. serv. am. 8, 6: Si communem fundum ego et pupillus haberemus, licet uterque non uteretur, tamen propter pupillum et ego viam retineo.

II. Die reelle Theilung. Abgesehen von der bereits oben erörterten l. 23. §. 3. de serv. pr. r. handeln davon die l. 25. eod. l. 6. §. 1. quemadm. serv. am. 8, 6. und l. 19. §. 4. comm. div. 10, 3:

l. 25. cit.: Si partem fundi mei tibi vendidero, aquaeductus jus, etiamsi alterius partis causa plerumque ducatur, te quoque sequetur, neque ibi aut bonitatis agri aut usus ejus aquae ratio habenda est, ita ut eam solam partem fundi, quae pretiosissima sit aut maxime usum ejus aquae desideret, jus ejus ducendae sequatur, sed pro modo agri detenti (retenti) et alienati fiat ejus aquae divisio.

l. 6. §. 1. cit: Si ego via, quae nobis per vicini fundum debebatur, usus fuero, tu autem constituto tempore cessaveris, an jus tuum amiseris?.... Celsus respondit, si divisus est fundus inter socios regionibus, quod ad servitutem attinet, quae ei fundo debebatur, perinde est atque si ab initio duobus fundis debita sit, et sibi quisque dominorum usurpat servitutem, sibi non utendo deperdit, nec amplius in ea re causae eorum fundorum miscentur, nec fit ulla injuria ei cujus fundus servit, quoniam alter dominorum utendo sibi, non toti fundo proficit.

l. 19. §. 4. comm. div. 10, 3: Aquarum iter in judicium communi dividundo non venire, Labeo ait, nam aut ipsius fundi est, et ideo in judicium non venit, aut separatum a fundo, divisum tamen aut mensura aut temporibus [1]). Sed

1) Die Interpretation dieses ersten Satzes der Ler ist sehr bestritten (Schrader civ. Abh. S. 300, Elvers Serv. S. 809, Vangerow 1, 813, Böcking Pand. §. 169. N. 18).

possunt jura interdum separata a fundo esse, et nec mensura, nec temporibus divisa, veluti quum is, cujus fuerunt. plures heredes reliquit. Quod quum accidit, consentaneum est, et ea in arbitrio familiae erciscundae venire; nec videre, inquit Pomponius, qua re minus in communi dividundo quam familiae erciscundae judicium veniat. Igitur in hujus modi speciebus etiam in communi dividundo judicio venit, ut praefata jura aut mensura aut temporibus dividantur.

Sehr scharf hat Celsus in l. 6. §. 1. cit. das maßgebende Princip hingestellt: perinde est atque si ab initio duobus fundis debita sit servitus ..., nec amplius in ea re causae eorum fundorum miscentur, zugleich auch die Folgerung daraus gezogen, daß jeder die Servitut durch Nonusus unabhängig vom Andren verliert, und jeder für sich den Nonusus unterbricht [1]). Das Celsische Princip finden wir auch in l. 19. §. 4. und l. 25. citt. angewendet; denn es findet dieselbe Regulirung nach Zeit und Maaß, wie bei mehreren gleichartigen Wasserservituten [2]), statt, weil in unsrem Falle eine Collision der Eigenthümer der nunmehrigen partes fundi pro diviso möglich ist. Wir sagen: möglich, nicht: nothwendig, denn es kommt auf den Inhalt der Servitut an. Bei einer serv. altius non toll., fumi imitt. u. s. w. wird eine Collision nie eintreten; bei einer Wegservitut voraussichtlich ebensowenig, weil hier jeder Servitutberechtigte nicht beständig und ausschließlich einen gewissen Raum braucht, verschiedne Servitutberechtigte also jedenfalls einander ausweichen können; bei der Wasserservitut ist die Collision aus dem entgegengesetzten Grunde nicht zu vermeiden. — Es bedarf übrigens keiner Ausführung, daß die in l. 25. cit. erwähnte divisio aquae nichts anders als eine Theilung der Ausübung nach Zeit oder Maß bedeutet; die ausführliche Deduction in l. 19. §. 4. cit. läßt darüber keinen Zweifel, und auch in l. 4. l. 5. pr. de aqu. 43, 20. ist von einer divisio aquae bei zweien oder noch mehr Wassergerechtigkeiten die Rede.

1) Wir behalten uns vor in §. 12 nachzuweisen, daß, wenn auch der von Celsus aufgestellte Rechtssatz richtig ist, jedenfalls seine Formulirung nicht billigenswerth erscheint.

2) S. oben §. 8.

§. 10. Die Servitut bei intellectueller und reeller Theilung des dienenden Grundstücks.

I. Intellectuelle Theilung. Von dieser berichten

l. 4. §. 4. si serv. vind. 8, 5: Sed etsi duorum fundus sit qui servit, adversus utrumque poterit ita agi, et ut Pomponius libro eodem scribit, quisquis defendit, solidum debet restituere, quia divisionem haec res non recipit.

l. 6. §. 4. eod.: Si aedes plurium dominorum sunt (— es handelt sich um die servitus oneris ferendi —), an in solidum agatur, Papinianus libro tertio Quaestionum tractat, et ait singulos dominos in solidum agere, sicuti de ceteris servitutibus excepto usufructu. Sed non idem respondendum inquit, si communes aedes essent, quae onera vicin sustinerent.

Jeder der Miteigenthümer muß allein die Klage übernehmen, als Restitution gilt es nur, wenn weder er noch einer seiner Genossen den siegenden Kläger stört (solidum debet restituere); kommt es zur Geldcondemnation, so wird er zur ganzen Aestimation verurtheilt werden; denn da die act. confessoria stets eine Störung voraussetzt, niemals also gegen einen unschuldigen Miteigenthümer geht, so muß der Schuldige wie ein Delinquent den ganzen Schaden tragen. Nur die servitus oneris ferendi macht hier eine Ausnahme, indem hier die, wenn auch nur durch die Länge der Zeit herbeigeführte, Schadhaftigkeit der Mauer zur Anstellung der Confessoria berechtigt; deshalb lehrt denn auch l. 6. §. 4. cit., daß hier nicht in solidum gegen jeden einzeln geklagt werden könne. Man führt dies gemeinhin darauf zurück, daß ein Miteigenthümer nicht ohne Zustimmung der andern über die Substanz der Sache verfügen, insbesondre keine baulichen Veränderungen vornehmen dürfe, und man erklärt deshalb die Klage nur dann für zulässig, wenn sie gegen alle Miteigenthümer zusammen angestellt wird [1]). Unzweifelhaft aber muß jener Rechtssatz auf solche Verfügungen beschränkt werden, welche freiwillig vorgenommen werden, nicht aber auf solche, zu welchen ein Miteigenthümer vom Richter verurtheilt ist, und zu

1) Elvers Serv. S. 63, Luden Serv. S. 249. 250, Rudo S. 123. in der Note.

welchen überdieß jeder andre Miteigenthümer, wenn er verklagt würde, verurtheilt werden müßte. Uns scheint denn auch der Inhalt von l. 6. §. 4. cit. ein ganz andrer zu sein. Die servitus oneris ferendi geht auf Herstellung der Mauer, also auf einen untheilbaren Gegenstand; es kommen mithin diejenigen Grundsätze zur Anwendung, welche bei den auf Untheilbarkeit des Gegenstandes beruhenden Solidarobligationen gelten [1]), d. h. es theilt sich, sofern es zur Geldcondemnation kommt, die schuldige Leistung unter die verschiednen Miteigenthümer. Inhalt der l. 6. §. 4. cit. ist also nicht, daß gegen alle Miteigenthümer geklagt werden müsse, sondern nur, daß wenn gegen Einen geklagt wird, derselbe nicht den ganzen, sondern nur theilweisen Schadensersatz zu leisten habe.

Beide Stellen besagen nicht, welchen Einfluß das gegen Einen Miteigenthümer erstrittne Urtheil auf die übrigen äußert. Ein solcher Einfluß ist nicht bloß bei der serv. oneris fer. denkbar; denn wenn bei irgendwelcher andren Servitut alle Miteigenthümer den Servitutberechtigten gestört haben, und der Eine von ihnen belangt, verurtheilt, dem Urtheil aber nicht nachgekommen ist, so ist es möglich, daß der in diesem Processe ergangne Richterspruch, soweit er die Servitut feststellt, auch von den übrigen Miteigenthümern anerkannt werden muß. Ist nun die in §. 9. S. 141—144. ausgeführte Ansicht überhaupt richtig, so muß dieselbe auch für den Fall gelten, daß das praedium *serviens* sich im Miteigenthum befindet; die act. confessoria kann also auch hier nur einmal angestellt werden; wird sie bloß gegen Einen Miteigenthümer angestellt, und hat Kläger obgesiegt, so hat gegen die übrigen nun mehr ein arbitrium litis aestim. oder eine actio in factum Statt [2]), oder es muß wenigstens die der erneuten Confessoria entgegengestellte exc. rei judic. mit einer replic. rei contra socium judic. entkräftet werden; hat aber Kläger nicht obgesiegt, so greift die exc. rei jud. durch.

Andre Wirkungen des Miteigenthums am dienenden Grundstück werden uns in den Quellen nicht berichtet, sind auch u. E. nicht denkbar.

---

1) Hierüber vergleiche unten Abschnitt 6. §. 16.

2) S. oben S. 144. Note 1. und den Text dazu. In dem neuen Proceß braucht bloß nachgewiesen zu werden, daß der Verklagte sich einer Störung schuldig gemacht hat.

II. Die reelle Theilung. Darüber verhält sich l. 6. §. 1. quemadm. serv. am. 8, 6: ... Sed si is fundus qui servierit ita (sc. inter socios regionibus) divisus est, plusculum dubitationis ea res habet; nam si certus ac finitus viae locus est, tunc si per longitudinem ejus fundus divisus est, eadem omnia servanda erunt, quae si initio constituendae ejus servitutis similiter hic duo fundi fuissent; si vero per latitudinem viae fundus divisus est (nec multum refert, aequaliter id factum est an inaequaliter), tunc manet idem jus servitutis, quod fundo indiviso fuerat, nec aut usu detineri (— retineri —) aut non utendo deperire nisi *tota* via poterit; nec si forte inciderit, ut semita, quae per alteram dumtaxat fundum erit, uteretur, idcirco alter fundus liberabitur, quoniam unum atque eo modo individuum jus viae est. Possunt tamen alterutrum fundum liberare, si modo hoc specialiter convenit. Certe si is, cui servitus debebatur, alterum ex ea divisione fundum redemerit, num ideo minus ea re fundi alterius servitus permanebit? Nec video, quid absurde consecuturum sit eam sententiam, fundo altero manente servo, si modo ab initio potuit angustior constitui via, quam lege finita est, et adhuc id loci superest in eo fundo, cui remissa servitus non est, ut sufficiat viae; quodsi minus loci superest, quam viae sufficiat, uterque fundus liberabitur, alter propter redemtionem, alter quia per eum locum qui superest via constitui non potest. Ceterum si ita constitutum est jus viae, ut per quamlibet partem fundi ire agere liceat (idque vel subinde mutare nihil prohibet) atque ita divisus est fundus, si per quamlibet ejus partem aeque iri atque agi possit, tunc perinde observabimus, atque si ab initio duobus fundis duae servitutes injunctae fuissent, ut altera retineri, altera non utendo deperire possit. Nec me fallit alieno facto jus alterius immutatum iri, quoniam ante satius fuerat, per alteram partem ire agere, ut idem jus ei in altera parte fundi retineretur. Contra illud commodum accessisse ei, cui via debebatur, quod per duas pariter vias ire agere

possit, bisque octonos in porrectum, et senos denos in anfractum.

Bei Theilung des dienenden Grundstücks der Länge des Weges nach soll es so angesehen werden, als ob von Anfang an zwei Grundstücke bestanden hätten. Vergleicht man hiermit die unmittelbar vorangehenden Worte, welche von der Theilung des herrschenden Grundstücks handeln, sowie die gegen den Schluß der Lex sich findenden Worte: ceterum si ita constitutum est jus viae ...., so kann über Celsus' Meinung kein Zweifel sein; er will, daß die beiden aus der Theilung hervorgegangnen Fundi in keinem Zusammenhange stehen, so daß der Gebrauch des Weges auf dem einen nicht den Usus der Servitut auf dem andren enthält und deren Untergang durch Nonusus nicht verhindert. Und doch widerspricht dieses Resultat durchaus der l. 18. serv. pr. rust. 8, 3. [1]), nach welcher die Servitut Eine bleibt, auch wenn sie mehreren Grundstücken auferlegt wird, und deshalb durch ihre Ausübung auf dem einen Grundstück auf allen erhalten wird. Celsus' Meinung führt demnach zu einer Härte gegen den Servitutberechtigten, die von andern römischen Juristen durchaus nicht gebilligt wird. Er sucht dieselbe wieder auszugleichen durch eine andre gegen den Servitutverpflichteten; es soll, lehrt er, der Wegberechtigte, wenn er die Via verlegen darf und die Theilung nach der Breite des Weges nach geschehen ist, berechtigt sein, auf jedem der aus der Theilung hervorgegangnen Grundstücke eine Via anzulegen. Dem von Celsus ausgesprochnen Princip, wonach es nach der Theilung so angesehen werden soll, als wenn zwei Servituten von Anfang an vorhanden gewesen waren, ist seine Folgerung allerdings entsprechend; daß sie aber ungerecht ist, glauben wir erst nicht beweisen zu dürfen [2]). Vielmehr müssen wir behaupten, daß das Princip des Celsus selbst unrichtig ist; es wird dies aus der Ausführung in §. 12. hervor-

1) Dieselbe ist im Anfang des §. 11. S. 151. abgedruckt.

2) So auch Elvers Serv. S. 851. Eine andre Erklärung giebt Puchta (kl. civ. Schriften S. 114 f.); er meint, die Via sei zwar vor der Theilung bestellt, der wirkliche Weg aber vom Berechtigten noch nicht ausgesucht worden. Allein, abgesehen davon, daß auch diese Erklärung an Unbilligkeit leidet, ist sie in den Worten der Lex unsres Erachtens nicht zu finden.

gehen, und es mag schon hier darauf hingewiesen werden, daß das Princip nicht überall Anwendung leidet; Celsus selbst statuirt eine Ausnahme für den Fall, daß die Theilung der Breite des Weges nach erfolgt und die Befugniß zur Verlegung des Weges nicht ausdrücklich ausbedungen ist. Hier manet idem jus servitutis, quod fundo indiviso fuerat; ... unum atque eo modo individuum jus viae est und der Usus und Nonusus bezieht sich stets auf *tota* via.

So erscheint uns denn l. 6. §. 1. cit. theils im Widerspruch mit l. 18. serv. pr. r. zu stehen, theils so unbillig zu sein, daß sie zur Beurtheilung des Rechtsinstituts nicht benutzt werden darf. Nur in Einer Beziehung scheint sie uns brauchbar. Wo nämlich Celsus trotz der Theilung die Servitut als unverändert in ihrem Inhalt, als unum atque individuum jus viae erklärt, fügt er hinzu, daß das eine der Theilgrundstücke durch Verzicht oder Confusion von der Servitut befreit werden könne, während das andre Theilgrundstück der Servitut unterworfen bleibe. Wir werden später von diesem Ausspruch Gebrauch machen; berechtigt sind wir dazu, da Celsus ihn keineswegs daraus folgert, daß die Theilung zwei Servituten erzeugt (— und nur dies haben wir für unrichtig erklärt —), sondern ihn vielmehr als Modification des einen und ungetheilten auf zwei Grundstücke bezognen Servitutenrechts hinstellt. Natürlich kann es keinen Zweifel leiden, daß Celsus in denjenigen Fällen, wo er zwei Servituten nach der Theilung statuirt, gleichfalls die Befreiung Eines Grundstücks allein für möglich hält [1]).

§. 11. L. 18. serv. pr. r. 8, 3. und l. 15. quemadm. serv. 8, 6.

Erstre lautet:

Una est via, etsi per plures fundos imponatur, quum una servitus sit. Denique quaeritur an, si per unum fundum iero, per alium non per tantum tempus, quanto servitus amittitur, an retineam servitutem? Et magis est, ut aut *tota* amittatur aut *tota* retineatur; ideoque si nullo usus sum, *tota* amittitur, si vel uno, *tota* servatur.

1) Johannes Bassianus bezog sogar den Ausspruch von Celsus nur auf diese Fälle; vgl. die Glosse certe ad h. l.

Dasselbe Verhältniß, welches gewöhnlich durch Theilung des herrschenden oder dienenden Grundstücks eintritt, kann dadurch hervorgerufen werden, daß man mehreren Grundstücken zugleich eine Servitut[1]) auferlegt. Die Servitut über alle Grundstücke zusammen heißt »tota via«. Gewiß gehört zu einer solchen Servitut eine Abrede unter den Eigenthümern der dienenden Grundstücke, und gleichzeitige Bestellung; dies scheint uns aus den Worten »si per plures fundos imponatur« hervorzugehen[2]). Im Uebrigen zweifeln wir nicht, daß wie die Via so auch andre Servituten in gleicher Weise auferlegt werden können, und glauben wir ferner, daß der Theorie nach auch zu Gunsten mehrerer herrschender Grundstücke Eine Servitut bestellt werden kann; doch wird letztres selten vorkommen, denn es gehört dazu, daß die mehreren Grundstücke (um Ein Bedürfniß zu haben) gemeinsam bewirthschaftet werden, und dies ist, wenn sie verschiednen Eigenthümern gehören, nie der Fall; wenn demselben, nur selten. Dies mag der Grund sein, weshalb die Quellen das Verhältniß unerwähnt lassen. — Die Folgen einer solchen Via bestehen nach l. 18. cit. darin, daß der Usus der Servitut auf Einem Grundstück dieselbe auch auf den übrigen erhält. Aus l. 15. quemadm. serv. am 8, 6:

> Si quum servitus mihi per plures fundos deberetur, medium fundum acquisivi, manere servitutem puto, quia toties servitus confunditur, quoties uti ea is, ad quem pertineat, non potest; medio autem fundo acquisito potest consistere, ut per primum et ultimum iter debeatur

erfahren wir, daß wenn der Servitutberechtigte Eines der dienenden Grundstücke erwirbt, die Servitut nicht untergeht; doch folgt aus den Schlußworten: medio autem fundo acquisito potest consistere

---

1) Natürlich muß die Servitut bei allen Grundstücken denselben Inhalt haben; mit Unrecht zieht deshalb Hoffmann (Serv. 1, 92) die l. 31. serv. pr. r. 8, 3. hierher.

2) Cujaz (Obs. XIV. 11.) verlangt sogar, daß die mehreren dienenden Grundstücke Einem Eigenthümer gehören; ihm folgt Kori in Elvers Themis 1, 494. und Göschen Civilr. §. 314. Die l. 38. serv. pr. r. dürfte diese Behauptung unterstützen; immerhin aber ist Eine Via über die Grundstücke mehrerer Eigenthümer nicht unmöglich, sondern nur selten.

ut per primum..., daß das erworbne Grundstück befreit werde; nur das oberst- und unterst liegende Grundstück schulden noch die Servitut.

§. 12. Die Gesammtrechtsverhältnisse bei Servituten.

Zwei Grundsätze treten bei der intellectuellen und der reellen Theilung des herrschenden und dienenden Grundstücks mit einander in Widerspruch und müssen mit einander versöhnt werden: einmal der Grundsatz, wonach die Prädialservitut untheilbar ist, und sodann der Grundsatz, wonach jeder Eigenthümer eines Theiles [1]) des herrschenden und dienenden Grundstücks selbständige Persönlichkeiten sind, in der Servitut selbständige Zwecke verfolgen [2]), mithin die Nothwendigkeit vorhanden ist, das Rechtsverhältniß jedes Einzelnen unabhängig von dem der Uebrigen zu construiren.

Wir finden denselben Gegensatz bei den Obligationen mit untheilbarem Object, bei welchen er dadurch gehoben wird, daß mehrere Obligationen in solidum entstehen. Allein diese Vermittlung konnte bei den Servituten nicht gewählt werden; man hätte sonst gerade gegen den Rechtssatz verstoßen, welcher die Schwierigkeit hervorgerufen: gegen die Untheilbarkeit der Servitut. Denn wenn jeder Theileigenthümer von vornherein eine besondre Servitut hat, so ist servitus pro parte acquisita. Wäre nicht diese Gefahr zu vermeiden gewesen, so hätten die Römer mehrere Solidarservituten angenommen; denn eine einfachere Construction liegt in der Solidarität unbedingt.

Die römische Anschauung beruht auf der Annahme eines Gesammtrechtsverhältnisses; dieses allein ist dem Wesen der Servitut entsprechend.

I. Halten wir uns zunächst, um der Klarheit der Darstellung halber, an den Fall des intellectuell getheilten Eigenthums. Kann die Servitut nicht für einen Theil, sondern nur für eine

1) Unter Theil verstehen wir sowohl den intellectuellen wie den reellen.

2) Denn der Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks will die Servitut bloß im eignen Interesse benutzen, der des dienenden kann bloß sein Theileigenthum belasten.

ganze Sache entstehen und bestehen, so muß bei der Construction des Servitutenrechtsverhältnisses von dem Theileigenthume durchaus abgesehen werden; dies kann nur dadurch geschehen, daß man die mehreren Miteigenthümer als eine einheitliche Persönlichkeit auffaßt; dann entsteht Eine Servitut für das Eine in der Hand der durch die Theileigenthümer dargestellten Einheit befindliche Grundstück.

Nun erst darf das Miteigenthum in seine Rechte treten; jetzt erst darf die Frage aufgeworfen werden, welchen Einfluß die für das ganze Grundstück erworbne Servitut auf das Vermögen der Theileigenthümer äußert. Diese Frage — es muß hervorgehoben werden — darf nicht bloß, sie muß jetzt aufgeworfen werden; denn die Miteigenthümer sind selbständige Persönlichkeiten und haben jeder ein besondres Vermögen; diese Sonderstellung eines jeden verlangt, daß die gemeinschaftliche Servitut (— eine wörtliche Uebersetzung des Quellenausdruckes: servitus communis —) in irgend einer Weise in das Sondervermögen jedes Einzelnen übergehe.

Die Frage kann nur in folgender Weise beantwortet werden: die Gesammtservitut geht in das Vermögen des Einzelnen als Servitut über, und wird dadurch zu einer Sonderservitut; die Sonderservitut ist die Rückwirkung der Gesammtservitut auf das Vermögen der einzelnen Miteigenthümer; es giebt demnach ebensoviel Sonderservituten als Miteigenthümer vorhanden sind. Was den Inhalt der einzelnen Sonderservituten und ihr Verhältniß zur Gesammtservitut unter einander betrifft, so müssen folgende drei Regeln aufgestellt werden:

1) Jede Sonderservitut enthält zwar im Allgemeinen das volle Recht resp. die volle Last der Servitut; der einzelne Berechtigte kann sie also selbständig ausüben, einklagen[1]), und ebenso kann sie gegen jeden Verpflichteten selbständig ausgeübt und eingeklagt werden, allein das Recht der Sonderservitut ist doch in gewissem Sinne lückenhaft, es besteht bloß eine relative Exclusivität[2]), indem jeder Berechtigte zugestehen muß, daß neben ihm andre Personen in gleicher Weise berechtigt sind; und Analoges gilt von der Last

1) Bloß der Verzicht ist ihm verboten, l. 34. pr. serv. pr. r. 8, 3; wir kommen hierauf später zurück.

2) S. oben Abschn. 1. §. 3. S. 78. 79.

der Sonderservitut, indem jeder Miteigenthümer des dienenden Grundstücks behaupten darf, daß außer ihm andre Personen dieselbe Last tragen.

2) In der Gesammtservitut hingegen ist die ad 1. gedachte Lücke nicht vorhanden; denn sie steht bei einem herrschenden Grundstück der Einheit der Miteigenthümer zu, bei einem dienenden Grundstück ruht sie auf dieser Einheit. Die Gesammtservitut ist hiernach der Complex aller Sonderservituten, sie ist gleichsam die Summe, welche aus der Addition der einzelnen Sonderservituten erzielt wird.

3) Was endlich das Verhältniß der Sonderservituten unter einander betrifft, so entsteht die Frage, ob ein Rechtsact, welcher die eine Sonderservitut betrifft, auf die andre zurückwirkt. Die Frage ist bejahend zu entscheiden; denn jede Sonderservitut besteht zu Gunsten des ganzen Grundstücks resp. an demselben; gedachte Theile haben kein Bedürfniß, noch können sie ein solches befriedigen; demnach ergreift jedes Ereigniß, wenngleich es bloß von Einem Servitutberechtigten resp. Servitutverpflichteten ausgeht, das ganze (herrschende oder dienende) Grundstück: toti fundo proficit; m. a. W. ein Rechtsact, welcher bloß eine Sonderservitut betrifft, afficirt zugleich alle übrigen Sonderservituten.

Daß dies die römische Auffassung [1]) ist, geht aus den in §§. 9. 10. gegebenen Erörterungen hervor; denn

1) der Sprachgebrauch weist auf das Dasein einer Gesammtservitut hin; in l. 23. de serv. pr. r. 8, 3. ist von *servitus* im Singular die Rede; ähnlich heißt es in l. 4. §. 3. si serv. v. 8, 5:

---

1) Die Ansichten der bisherigen Schriftsteller sind folgende. Savigny schreibt (Obl. R. 1, 318): „wenn mehrere Miteigenthümer nach intellectuellen Theilen vorhanden sind, so möchte man geneigt sein, jedem derselben einen gleichnamigen Theil auch an der Servitut zuzuschreiben; so ist aber nicht, sondern jeder hat dieselbe ganz und ungetheilt". Aehnlich Böcking Pand. §. 162. §. f sqq., und Windscheid krit. Ueberschau 6, 220. — Puchta Pand. §. 178. N. m. schreibt: „es ist eine Berechtigung Mehrerer, weder pro diviso noch pro indiviso möglich, sondern nur eine solidarische". Aehnlich Scheurl comment. cit. p. 67. — Nicht recht bestimmt scheint die Fassung bei Arndts Pand. §. 183. N. 7, Mühlenbruch Pand. §. 275. N. 6. und Brinz Pand. S. 282; namentlich drücken sich Mühlenbruch und Brinz bloß negativ aus („Theilung des Grundstücks bewirkt noch keine Theilung der Servitut", „es giebt keine partes servitutum").

de *jure* singuli experientur; noch bezeichnender aber ist der Ausdruck *communis servitus* in l. 19. si serv. v. 8, 5. und *communis aqua* in l. 31. §. 7. neg. gest. 3, 5. Dieser Ausdruck deutet einerseits die Einheit der Servitut, andrerseits ein Gemeinschaftsverhältniß der Servitutberechtigten an. Worin aber besteht die Gemeinschaft? Gewiß nicht in Theilen der Servitut, denn die Servitut ist untheilbar; vielmehr besteht sie darin, daß aus der Gesammtservitut für jeden Miteigenthümer eine Sonderservitut entsprungen ist, so daß, wie es in l. 34. pr. serv. pr. 8, 3. heißt:

unusquisque sociorum solus sit, cui servitus debetur,

und so daß ferner jeder Miteigenthümer behaupten darf, er sei Inhaber der Servitut, und deshalb auch die Intentio der Confessoria auf seine Person allein stellen darf:

l. 23. §. 3. serv. pr. r. 8, 3: singuli recte agunt, jus sibi esse fundi.

Freilich enthält jede Sonderservitut ein Recht resp. eine Last von bloß relativer Exclusivität (S. 154. No. 1.); nur in der Gesammtservitut ist keine Lücke vorhanden, da sie die Summe sämmtlicher Sonderservituten bildet, daher heißt die Gesammtservitut in l. 18. de serv. pr. r. 8, 3 »*tota* servitus« (oben §. 11.), und »*tota* via« in l. 6. §. 1. qu. s. am. 8, 6. in demjenigen Falle, wo auch Celsus ein Gesammtrechtsverhältniß annimmt (oben S. 149. 151). Es mag noch die Bemerkung Platz finden, daß die Bezeichnung »communis, tota servitus« in der Bezeichnung andrer Gesammtrechtsverhältnisse ihr Seitenstück erhält; so heißt die Correalobligation »obligatio *communis, tota*«, und so giebt es ferner eine »dos *communis* patri et filiae«.

2) Wichtiger als der Sprachgebrauch sind die Rechtssätze. In dieser Beziehung ist Folgendes zu bemerken:

a) Die Ausübung der Servitut durch Einen Miteigenthümer erhält sie für Alle (oben S. 144. No. 2). Gewöhnlich beruft man sich hierfür bloß auf die Untheilbarkeit der Servitut; man behauptet, die Ausübung bloß zum Theil oder Seitens eines Theiles der Berechtigten erhalte die Servitut. Göschen[2]) hat sehr richtig gefühlt, daß man von der bloßen Untheilbarkeit aus auch zu dem entgegen-

1) S. unten Abschn. 6. §. 20. Abschn. 7. §. 37.

2) Civilrecht §. 289.

gesetzten Schlusse kommen kann. „Man könnte allerdings sagen (schreibt er) bei einem Ereigniß, welches an sich Aufhebung zur Folge hat, geht, wenn dasselbe auch nur eine partielle Beziehung auf die Servitut hat, diese dennoch ganz verloren; aber man kann auch sagen, es geht von der Servitut nichts verloren; diese letztre Ansicht finden wir in den Quellen". Also: die Untheilbarkeit allein führt nicht zu der Aufrechterhaltung der Servitut, sondern zu einer Alternative, d. h. entweder zu der Aufrechterhaltung oder zu dem Untergange. Anders, wenn man unsrer Deduction folgt. Der ausübende Miteigenthümer wahrt zweifellos seine Sonderservitut; weil aber die Erhaltung dieser Sonderservitut das ganze herrschende Grundstück afficirt (toti fundi proficit), so geschieht in Folge hiervon eine Rückwirkung auf die übrigen Sonderservituten; auch diese sind ausgeübt, und bleiben deshalb bestehen. Vielleicht wird man hiegegen einwenden, daß die Servitut auch erhalten bleibe, wenn sie ein unredlicher Besitzer ausübe, daß es also überhaupt nur darauf ankomme, daß die Servitut ausgeübt werde, die Person des Ausübenden aber gleichgiltig sei[1]). Allein zwischen dem unredlichen Besitzer und dem Miteigenthümer besteht ein großer Unterschied; jener ist Stellvertreter des Eigenthümers, er will die Servitut für das ganze herrschende Grundstück ausüben; dieser ist nicht Stellvertreter, er übt die Servitut nur im eignen Interesse, zum Vortheil seines Miteigenthümers; zieht man also bei letztrem nicht das Gesammtrechtsverhältniß in Rücksicht, so ist die Erhaltung der Servitut für alle Miteigenthümer nicht zu erklären.

b) Wird die Servitut nicht ausgeübt, ist aber ein Miteigenthümer privilegirt, so daß die Nichtausübung ihm nicht schadet, so bleibt die Servitut nicht bloß für ihn, sondern für alle Miteigenthümer bestehen (oben S. 145. No. 3). Auch diese Bestimmung des Römischen Rechts ist ohne das Gesammtrechtsverhältniß nicht zu erklären. Denn, wenn man sich auf die Regel „servitus pro parte non amittitur" beruft, so folgt daraus für den vorliegenden Fall, wie im Falle sub a, nicht die Aufrechterhaltung der Servitut für Alle, sondern die Alternative der Aufrechterhaltung oder des Untergangs. Zieht

1) l. 5. l. 20 — l. 24. quemadm. s. am. 8, 6.

man jedoch das Gesammtrechtsverhältniß in Rücksicht, so ergiebt sich zunächst, daß die Sonderservitut des Miteigenthümers, welchem die Nichtausübung nicht schadet, aufrecht erhalten bleibt; weil nun aber diese Sonderservitut das ganze Grundstück ergreift (toti fundo proficit), so geschieht in Folge hievon eine Rückwirkung auf die übrigen Sonderservituten, so daß auch diese durch das Privilegium des einen Miteigenthümers fortdauern.

c) Es ist nur Eine Klage zulässig, sie steht jedem resp. gegen jeden Miteigenthümer einzeln zu; der Proceß des einen Miteigenthümers des herrschenden Grundstücks nützt und schadet den Genossen, und eben dasselbe gilt von dem Processe gegen einen Miteigenthümer des dienenden Grundstücks (oben S. 141 ff. 147 f.). Diese Bestimmungen des Römischen Rechts werden von einigen Schriftstellern geradezu als positive, nicht aus der Natur der Servituten sich ergebende bezeichnet; andre führen sie zwar auf die Natur der Servituten zurück, aber, wie sich später ergeben wird, aus unrichtigen Gründen.

Was zunächst Savigny[1]) betrifft, so giebt er die Servitutenklage dem einzelnen Miteigenthümer nicht vermöge juristischer Nothwendigkeit, sondern „um eine besondere Schwierigkeit zu heben", indem die Klage streng genommen nur allen Miteigenthümern zustehe, zugleich aber keiner derselben ein Recht habe, die übrigen zur Theilnahme am Proceß zu zwingen. Und ferner läßt Savigny die Klage gegen jeden Miteigenthümer der dienenden Sache anstellen, „obgleich in diesem Falle kein so dringendes Bedürfniß vorhanden ist, als in dem vorhergehenden Fall, da jener gegen alle Miteigenthümer gleichzeitig und mit einer gemeinsamen Klage auftreten kann". Hier ist nicht bloß zugegeben, daß die Zulässigkeit der Klage gegen einen Miteigenthümer der dienenden Sache eine positive Bestimmung enthalte, sondern auch, daß sich nicht einmal ein practischer Grund für diese positive Bestimmung angeben lasse. Zu noch größren Bedenken aber giebt die Savignysche Darstellung Anlaß, wenn wir uns zu den Wirkungen des von einem oder gegen einen Miteigenthümer extrahirten Urtheils wenden. Ueber die Klage des Miteigenthümers eines herrschenden Grundstücks schreibt Savigny:

1) System 6, 479 ff.

„wenn der Gegner verurtheilt wird, so soll der Vortheil der Rechtskraft den übrigen Miteigenthümern zu Gute kommen".

Eine Begründung dieser Vorschrift giebt Savigny nicht, d. h. er hält sie für positiv rechtlich, wie er sie denn auch unter den positiven Erweiterungen des Erfordernisses der eaedem personae behandelt. Er fährt fort:

„die bloße Consequenz dieses letzten Satzes führt dahin, daß sich die Uebrigen auch den Nachtheil aus der Rechtskraft des freisprechenden Urtheils gefallen lassen müssen. War ihnen der Rechtsstreit bekannt, so haben sie es sich selbst zuzuschreiben, wenn sie es unterließen, durch freiwillige Theilnahme die ungünstige Entscheidung abzuwenden. War er ihnen unbekannt, so wäre es allerdings ungerecht, wenn sie durch die Unredlichkeit oder Nachlässigkeit ihres Miteigenthümers in bleibenden Nachtheil kommen sollten. Allein diese Ungerechtigkeit wird nicht dadurch abgewendet, daß sie die Rechtskraft des Urtheils für sich nicht anzuerkennen brauchten, sondern vielmehr durch eine Entschädigungsklage gegen den, welcher den Proceß geführt und den Verlust veranlaßt hat".

Als eine „bloße Consequenz" faßt demnach Savigny die Bestimmung auf, daß das von einem Miteigenthümer extrahirte ungünstige Urtheil den Uebrigen schadet. Doch giebt er zugleich zu, daß diese Consequenz, wenn ihnen der Proceß unbekannt war, zur Ungerechtigkeit führt. Zwar meint er, daß diese Ungerechtigkeit durch eine Klage gegen den frühren Kläger gehoben werden könne; allein diese Klage findet nur Statt, wenn der Miteigenthümer dolos oder culpos den Proceß schlecht geführt, nicht hingegen, wenn der Richter ohne Schuld des klagenden Miteigenthümers ein unrichtiges Urtheil gefällt hat[1]); und selbst wenn die Klage wegen Dolus und Culpa begründet ist, führt sie doch dann nicht zum Ziel, wenn der klagende Miteigenthümer insolvent ist; um diesen Nachtheil abzuwenden, wäre durchaus ein Rechtsmittel gegen das Urtheil selbst nothwendig gewesen, und doch geben die Quellen nur dann, wenn beide Parteien

1) l. 19. si serv. 8, 5. l. 20. comm. div. 10, 3.

collubirten, die act. doli gegen den früheren Verklagten [1]). So führt also die angebliche Consequenz zu vielfacher materieller Ungerechtigkeit; warum also ward sie nicht von den Römern verlassen, da sie doch (wie Savigny behauptet) nur die Kehrseite einer positiven Vorschrift war, der Vorschrift, daß das von einem Miteigenthümer extrahirte günstige Urtheil allen übrigen nützen solle? –

Endlich was die Wirkung des Urtheils anbetrifft, welches in dem Proceß gegen einen Miteigenthümer der dienenden Sache ergangen ist, so bemerkt Savigny ganz kurz:

„es sollen dieselben Regeln, wie in dem vorhergehenden Fall eintreten, obgleich in diesem Fall kein so dringendes Bedürfniß vorhanden ist, als in dem vorhergehenden Fall, da jener gegen alle Miteigenthümer gleichzeitig und mit einer gemeinsamen Klage auftreten kann".

Es ist bereits oben bemerkt, daß Savigny hier nicht bloß zugiebt, daß eine positive Vorschrift vorliegt, sondern zugleich, daß die positive Vorschrift eines practischen Grundes ermangelt.

Wenden wir uns zu andren Schriftstellern.

Keller und Hoffmann meinen, daß das Grundstück durch Jeden seiner Miteigenthümer repräsentirt werde [2]). Aber diese Behauptung bedarf offenbar eines Beweises, und diesen sucht man bei jenen Schriftstellern vergebens.

Vangerow [3]), Arndts [4]), Brinz [5]), Kierulff [6]), Elvers [7]), Brackenhöfft [8]) und Ubbelohde [9]) recurriren auf die Untheilbarkeit der Servituten. Aus dieser Untheilbarkeit folgt nun wohl, daß, wenn die Servitut dem Sieger in natura restituirt wird, die

1) l. 19. si serv. 8, 5. Die oben S. 143. erwähnte Restitution setzt eine justa causa voraus; Unbekanntschaft mit dem Proceß aber ist keine Causa.

2) Keller Litiscont. S. 409 f. Pand. §. 97. S. 189. Hoffmann Servituten 1, 85.

3) Pand. 1, 323. No. 4.

4) Pand. §. 191.

5) Pand. S. 282. 283.

6) Theorie 1, 307.

7) Servituten S. 800.

8) Identität und Connerität S. 151.

9) Lehre v. d. untheilb. Obl. S. 262.

Miteigenthümer an den Vortheilen der Restitution Theil nehmen; darüber hinaus aber folgt aus der Untheilbarkeit allein nichts; sonst müßte auch bei denjenigen Solidarobligationen, welche auf der Untheilbarkeit des Gegenstandes beruhen, das Gleiche stattfinden, was doch sicherlich nicht der Fall ist.

Das mag der Grund sein, daß der neueste Schriftsteller, Windscheid, zu Savigny's Ansicht zurückgekehrt ist, und in dem in Frage stehenden Rechtssatz bloß eine „positive Ausnahme" erblickt[1]).

Unser Standpunkt ist ein ganz andrer. Zunächst steht soviel fest, daß jeder Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks auf Grund seiner Sonderservitut berechtigt ist, die Confessoria allein anzustellen, jeder Miteigenthümer der dienenden Sache auf Grund der Sonderservitut verpflichtet ist, die Confession über sich allein ergehen zu lassen.

Wenn nun aber die Klage in dieser Weise angestellt ist, was wird hierdurch in judicium deducirt? Hierauf muß man erwiedern, daß nicht bloß die Sonderservitut des Klägers resp. Verklagten, sondern die ganze Servitut (die Gesammtservitut) im Proceß befangen sei. Jeder Proceß ist dazu bestimmt, das streitige Rechtsverhältniß festzustellen; der Anlaß des Processes ist die Verletzung des klägerischen Rechts, das Verlangen des Klägers ist die Beseitigung der Rechtsverletzung; die Aufgabe des Processes aber besteht in der Feststellung des streitigen Rechts und seiner Verletzung. Soll nun aber ein Recht festgestellt werden, so muß bis auf seinen Ursprung zurückgegangen, und von hier ab bis zum Augenblick, wo die Feststellung geschieht, die Geschichte des Rechts verfolgt werden. Entstanden aber ist zunächst die Gesammtservitut; erst durch die Rückwirkung der Gesammtservitut auf das Vermögen der einzelnen Miteigenthümer entstanden die Sonderservituten; sind auch Gesammt- und Sonderservitut gleichzeitig, so ist doch jene das Ursprüngliche, diese das Secundäre. Eben weil man auf die Gesammtservitut recurriren muß, so ist die ertheilte Actio eine Klage über die Gesammtservitut. Was aber ist die Gesammtservitut? Sie ist nicht bloß die Grundlage der Sonderservituten, sondern der Complex und die

1) Pand. §. 132.

Summe derselben (oben S. 155. No. 2). Daraus folgt, daß die Actio über alle Sonderservituten zugleich ertheilt ist; durch die Klage eines Miteigenthümers des herrschenden Grundstücks oder gegen einen Miteigenthümer der dienenden Sache werden demnach sämmtliche Sonderservituten in judicium deducirt; es ist demgemäß keine fernere Klage Seitens eines oder gegen einen andren Miteigenthümer mehr möglich; das Urtheil aber, welches ergangen ist, ist nicht bloß über die Sonderservitut des Klägers resp. des Verklagten, sondern zugleich über alle übrigen Sonderservituten ergangen; es muß also den übrigen Miteigenthümern nützen und schaden; in dem spätren Proceß, welcher in der Regel eine in factum actio ist, kann es sich nur darum handeln, ob der jetzige Verklagte zu den Miteigenthümern gehört, hinsichtlich deren das Urtheil im Vorproceß ergangen ist. Gerade, weil alle diese Grundsätze aus dem Begriffe der Gesammt- und Sonderservituten consequent folgen, wurden sie von den Römern festgehalten, trotzdem sie möglicherweise zu materieller Ungerechtigkeit führen; daß die Abhilfe, welche hiegegen gegeben wurde, bald zureichend, bald aber auch ungenügend war, darf nicht auffallen; es kehrt diese Erscheinung allerwärts, wo es sich um bloße Abhilfe handelt, wieder.

Anhänger der Kellerschen Ansicht über die processualische Consumtion möchten dieser Ausführung entgegentreten. Bekanntlich findet Keller den Gegenstand und das Maß der processualischen Consumtion formell in der Intentio ausgedrückt [1]); nun kann aber kein Zweifel darüber bestehen, daß die Intentio des Klägers bloß des Einen Miteigenthümers des herrschenden Grundstücks gedenkt [2]), und so gewinnt es den Anschein, als ob nur dessen Sonderservitut consumirt worden sei; indeß wird später in Abschn. 6. §. 33. bei Gelegenheit der Correalobligation ausgeführt werden, daß dieselben Worte, welche eine Sonderobligation ausdrücken, in gleicher Weise die übrigen Sonderobligationen bezeichnen; dasselbe gilt von der Bezeichnung der Sonderservituten und es dürfte also schon vom

1) Litiscont. §. 49. S. 411.

2) l. 23. §. 3. serv. pr. r. 8, 3. Bei der Klage gegen einen Miteigenthümer des dienenden Grundstücks läßt sich der Einwand nicht machen, da dessen Person in der Intentio nicht genannt wird.

Kellerschen Standpunkte nichts gegen unsre Deduction einzuwenden sein. Noch weniger ist dies vom Bekkerschen Standpunkt aus zulässig, da Bekker [1]) (u. E. mit Recht) annimmt, daß der eingeklagte Anspruch in der Formel der Regel nach keinen selbständigen Ausdruck erhält.

II. Der zweite Fall der Gesammtservitut entsteht bei reeller Theilung des herrschenden oder dienenden Grundstücks. Das ist derjenige Fall, bei welchem viele dem Grundsatz der Untheilbarkeit nicht günstig gestimmte Juristen eine Ausnahme von diesem Grundsatze statuirt haben: so Schrader, Kori, Elvers und Brinkmann [2]); besser hat Brinz [3]) in neuerer Zeit behauptet: „die Servitut vervielfältigt sich". Allein wenn auch besser, so ist darum noch nicht seine Behauptung richtig; denn die „Vervielfältigung" ist nichts anders als Bildung von Sonderservituten, daneben bleibt die alte einheitliche Servitut als Gesammtservitut bestehen.

Zunächst ist in unsrem Fall die Bildung von Sonderservituten nöthig. Denn wir haben es mit zwei selbständigen Organismen zu thun, mit zwei Grundstücken, deren natürliches Dasein (Bewirthschaftung, Fruchtproduction u. s. w.) wie deren rechtliches (Eigenthum) unabhängig von einander besteht. Ihre gesonderte Existenz verlangt, daß die Servitut für Jedes und an Jedem als besondre aufgefaßt werde [4]). —

1) Proc. Conf. §§. 6. 7.

2) Schrader civ. Abh. S. 298—300, Kori in Elvers Themis 1, 486 ff., Elvers Serv. S. 103 f. (bei Theilung des herrschenden Grundstücks, s. oben S. 130. N. 2), Brinkmann Act. comm. div. und neg. gest. S. 116. N. 1.

3) Pand. S. 283. Schon vor ihm hat Hoffmann Serv. S. 92—97. angenommen, daß bei Theilung des herrschenden Grundstücks immer mehrere Servituten entstehen, bei Theilung des dienenden bald mehrere entstehen, bald die Eine fortdauere, je nachdem die Servitut an jedem Theilgrundstück allein bestehen kann oder nicht. — Die herrschende Ansicht ist auch bei reeller Theilung für die Fortdauer der einheitlichen Servitut; doch kann sie nicht erklären, weshalb zuweilen das Eine Grundstück allein frei wird resp. berechtigt bleibt, vgl. Vangerow Pand. 1, 812 f., Böcking Pand. §. 162. §. k., Puchta Pand. §. 178. N. m., Mühlenbruch Pand. §. 275. N. 15.

4) Wir stimmen nicht Vangerow bei, wenn er schreibt a. a. O. „durch eine Theilung des Grundstücks (einerlei ob nach reellen oder ideellen) erleidet nicht das Grundstück selbst, sondern nur das Eigenthum daran eine Veränderung". Dies ist nur bei ideeller Theilung richtig, nicht bei reeller. Man vergleiche nur das Miteigenthum an einer Sclavin und den partus ancillae.

Allein zugleich muß die alte einheitliche Servitut festgehalten werden; läßt man sie fallen, so entzieht man den Sonderservituten den Boden; denn nur für das ungetheilte resp. an dem ungetheilten Grundstück ist die Servitut bestellt worden; die Theilung geht dem Erwerber resp. Besteller nichts an; es ist der Fehler des Celsus in l. 6. §. 1. quemadm. serv. am. 8, 6, daß er diesen Grundsatz, welchen er sehr wohl kennt (. . nec me fallit. alieno facto jus alterius immutatum iri . . .), für einflußlos hält.

Kurz: will man auf der einen Seite dem Willen der Contrahenten, wie derselbe zur Zeit der Servituterrichtung vorhanden war, und auf der andren Seite den später eingetretnen und nicht hinwegleugbaren[1]) Thatsachen (der Theilung) gerecht werden: so muß das Nebeneinanderstehen von Einheit und Vielheit angenommen werden. Das aber ist ein Gesammtrechtsverhältniß.

Diese Erwägungen haben schon gezeigt, wie verschieden dieser zweite Fall des Gesamntrechtsverhältnisses von dem sub I. ausgeführten ist. Der Grund des ersten lag in der Selbständigkeit der Personen der Miteigenthümer, der Grund des zweiten liegt vielmehr in der Selbständigkeit der Grundstücke; dort war das Verhältniß der Miteigenthümer zur Servitut festzustellen, hier ist zunächst das Verhältniß der aus der Theilung hervorgegangnen Grundstücke und erst folgeweise ihrer Eigenthümer zu bestimmen..

Diese Verschiedenheit führt aber auch zu verschiednen Rechtssätzen. In dieser Beziehung ist die reelle Theilung des dienenden und herrschenden Grundstücks zu scheiden.

1) Reelle Theilung des dienenden Grundstücks. In den §§. 9. 10. erhoben wir gegen die Erörterungen von Celsus in l. 6. §. 1. qu. s. am. 8, 6. theilweisen Widerspruch. Celsus wollte hier in dem Falle, wo die Theilung der Länge des Weges nach geschieht, es so angesehen wissen, als wenn von Anfang an zwei Servituten vorhanden gewesen wären; gegenwärtig (nach der Theilung) hielt er jedenfalls dafür, daß zwei von einander unabhängige Servituten

1) Man müßte denn zu einer Fiction greifen wollen! Aber die Römer thaten dies nicht.

existirten[1]); wir hingegen betonten die in der Gesammtservitut fortdauernde Servituteneinheit, und verwarfen namentlich die Behauptung von Celsus, wonach der Usus des Weges bloß auf dem einen Grundstück die Servitut auf dem anderen nicht erhält. Für uns sprach l. 18. serv. pr. r. 8, 3. (s. oben §. 11), worin es geradezu hieß: *una* est via etsi per plures fundos imponatur, quum una servitus sit; wenn der hier erörterte Fall von dem unsrigen darin abweicht, daß schon im Anfang mehrere selbständige Grundstücke vorhanden sind, so spricht diese Differenz unbestreitbar für die Einheit der Servitut in unsrem Falle. Denn wenn selbst da, wo anfänglich mehrere Grundstücke die Servitut tragen, dennoch Eine Servitut vorhanden ist: umwievielmehr muß dies der Fall sein, wenn anfänglich die Servitut nur Ein Grundstück belastete, und letzteres sich erst später ohne Zuthun des Servitutberechtigten in mehrere spaltete. — Für uns und gegen Celsus sprach ferner der Umstand, daß Celsus (consequent aber unbillig genug) dem Servitutberechtigten zwei Wege (je einen auf jedem Theilgrundstücke) zuwies. Für uns und gegen Celsus spricht ferner, daß seine Ansicht keine allgemeine Regel enthält; denn wenn die Theilung des Grundstücks nach der Breite des Weges geschieht, so besteht selbst nach Celsus das Eine und ungetheilte Servitutenrecht fort; bei Wasserservituten hätte er gewiß eine gleiche Ausnahme statuirt. Endlich aber liegt in dem Usus der Servitut auf Einem Theilgrundstück eine Befriedigung des Einen und untheilbaren Bedürfnisses des herrschenden Grundstücks, auch dies bedingt die Einheit der Servitut, und spricht für uns und gegen Celsus.

Soviel über die Einheit der Servitut (der Gesammtservitut) bei reeller Theilung des dienenden Grundstücks. Allein auch die Mehrheit der Servituten, die Sonderservituten, zeigt sich hier nicht bloß, wie bei der intellectuellen Theilung des Grundstücks, als theoretische Nothwendigkeit, sondern auch als die Triebkraft von

1) Man glaube nicht, Celsus nehme Einheit der Servitut an (wie er ja immer von servitus im Singular redet) und wolle nur die Grundsätze, die bei Servitutenmehrheit gelten, auf die einheitliche Servitut übertragen wissen. Dem steht entgegen, daß Celsus nur in einem Falle unum atque individuum jus viae statuirt.

neuen practischen Rechtssätzen. Theoretisch nothwendig sind die Sonderservituten hier wie dort (d. h. bei der reellen wie intellectuellen Theilung) aus dem Grunde, weil mehrere Servitutverpflichtete vorhanden sind, welche, abgesehen von der Servitut, selbständige Persönlichkeiten sind, und selbständige Vermögensmassen haben. Zu neuen practischen Rechtssätzen aber führen diese Sonderservituten aus dem Grunde, weil aus der reellen Theilung zwei selbständige Grundstücke hervorgehen. Während wir nämlich bei der intellectuellen Theilung ausführten, es dürfen die Sonderservituten nicht von einander unabhängig gestellt werden (oben S. 155. N. 3), so müssen wir hier das Gegentheil behaupten. Dort leitete uns der Umstand, daß gedachte Theile kein Bedürfniß haben, noch befriedigen können; dieser Umstand fällt bei der reellen Theilung weg, und wir können nunmehr jede Sonderservitut, mit Ausnahme eines Falles [1]), ihren besonderen Weg gehen lassen; Celsus selbst thut dies, indem er gerade in dem Falle, wo er unum atque individuum jus viae statuirt (nämlich wenn das Grundstück der Breite des Weges nach getheilt wird), ein Theilgrundstück allein von der Servitut frei werden läßt, sei es dadurch, daß die Sonderservitut auf Einem allein ausdrücklich aufgehoben wird, sei es dadurch, daß der Servitutberechtigte Ein Theilgrundstück allein an sich kauft. Das mag Celsus verleitet haben, die Servituteneinheit ganz aufzugeben und die reine Servitutenmehrheit anzunehmen.

In dieser Ausführung liegt keine Inconsequenz. Der Regel nach ergreift auch in dem Gesammtrechtsverhältniß jeder Rechtsact nur das Sonderverhältniß; die Gesammtservitut ist nur ein Durchgangsstadium zu den Sonderservituten; nur um der Untheilbarkeit ist sie nothwendig; sind wir durch sie zu Sonderservituten gelangt, so kommen nunmehr bloß diese in Betracht und jeder Rechtsact trifft eine einzelne Sonderservitut allein. Nur deshalb sind wir von diesen Grundsätzen bei der intellectuellen Theilung des herrschenden oder dienenden Grundstücks abgegangen, weil die Natur der Servitut, die weder zu Gunsten eines gedachten Theiles noch an einem solchen

1) Dieser Ausnahmefall findet Statt, wenn der Servitutberechtigte die Servitut bloß auf einem Theilgrundstück ausübt, s. die folgende Ausführung.

stattfinden kann, es verlangte. Wo dieser Grund wegfällt, d. h. bei der reellen Theilung, tritt die Regel wieder in Kraft; erwirbt also der Servitutberechtigte ein Theilgrundstück, so wird nur dieses von der Servitut befreit; verzichtet er auf die Servitut, so entscheidet sich die Wirkung des Verzichtes nach seinem Willen, d. h. je nachdem er eine Sonderservitut oder alle erlassen will, wird bloß ein dienendes Theilgrundstück oder auch das andre befreit. Uebt er aber die Servitut bloß auf Einem Theilgrundstück aus, so liegt hierin eine Ausübung aller Sonderservituten, denn durch jede Ausübung befriedigt er das Bedürfniß seines Grundstücks; daher bleibt, zufolge Ulpians Ausspruch in l. 18. serv. pr. 8, 3. und trotz Celsus Ausspruch in l. 6. §. 1. qu. s. am. 8, 6. die Servitut auf allen Theilgrundstücken, alle Sonderservituten bestehen.

2) Die reelle Theilung des herrschenden Grundstücks. Daß auch hier die Einheit der Servitut fortdauern muß, folgt aus den oben S. 163 u. 164. ausgeführten Gründen; ebenso folgt daraus die Nothwendigkeit von Sonderservituten. Nur scheint die Einheit der Servitut hier mehr eine theoretische als eine practische Nothwendigkeit zu sein, denn wir haben es nunmehr mit zwei selbständigen herrschenden Grundstücken, also auch mit zweierlei Bedürfniß zu thun, und dies dürfte mit der Einheit der Servitut nicht mehr verträglich sein. Wenn trotzdem diese Einheit festgehalten wird, so scheint dafür nur der theoretische Grund angeführt werden zu können, daß den Sonderservituten, wie bereits bemerkt, der Boden entzogen wird, wenn man die Gesammtservitut aufgiebt. Dennoch aber spricht auch ein practisches Interesse für die Fortdauer der Gesammtservitut; es versteht sich nämlich von selbst, daß das dienende Grundstück durch die Theilung des herrschenden nicht mehr belastet werden darf; es muß, wie l. 25. de serv. pr. r. und l. 19. §. 4. comm. div. lehren, eine divisio aquae, eine Theilung aut mensura aut temporibus erfolgen, und wenn diese auch bei reiner Mehrheit von Servituten vorkommt (vgl. §. 8.), so wird doch auf die Art derselben der Umstand, daß die Servitut früher nur Einem Grundstück zustand, von großem Einfluß sein. Abstrahiren wir von diesem Umstande, so finden wir allerdings kein practisches, sondern nur ein theoretisches Motiv für die Aufstellung einer Gesammtservitut;

und das muß sich practisch äußern. „Perinde est atque si ab initio duobus fundis debita sit servitus, ... nec amplius in ea re causae eorum fundorum miscentur", schreibt Celsus in l. 6. §. 1. quemadm. serv. am. 8, 6. Man darf ihm nur den Vorwurf einer falschen juristischen Construction machen; in den Rechtssätzen selbst muß man ihm beistimmen. Nach Celsus hat die Servitut sich vervielfältigt; nach unsrer Ansicht hat sie Sonderservituten erzeugt. Aber darin, daß jede juristische Thatsache bloß die Servitut des Einen Theilgrundstückes berührt, muß man Celsus beitreten; nur sagen wir: sie berührt eine der Sonderservituten, Celsus hingegen: eine der vervielfältigten. —

Vergleicht man die bisher erörterten Fälle der Gesammtberechtigung, so läßt sich behaupten, daß das Gesammtrechtsverhältniß keineswegs die Bildung von Rechtssätzen hindert, welche dem concreten Institut, worin das Gesammtrechtsverhältniß ausgebildet ist, gerecht werden; im Gegentheil scheint es gerade hiezu durch seine Sonderverhältnisse aufzufordern; es ist hierdurch die Möglichkeit gegeben, die einzelne juristische Thatsache bloß auf dieß Eine Sonderverhältniß oder auf alle zugleich wirkt. Zwar wird in der Regel bloß ein einzelnes Sonderverhältniß von dem Rechtsact betroffen; besondere Gründe rechtfertigen jedoch die Beziehung auf alle Sonderverhältnisse zugleich; wir haben deren sowohl bei dem Gesammtrechtsverhältniß kennen gelernt, welches durch die intellectuelle Theilung des herrschenden oder dienenden Grundstücks entsteht, als auch bei dem, welches die reelle Theilung des dienenden Grundstücks zur Folge hat.

Schmiegen sich nun aber die Rechtssätze durchaus dem concreten Institut an, in welchem das Gesammtverhältniß ausgebildet ist, so ist namentlich erklärlich, weshalb ein Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks nicht das Recht hat, die Servitut zu remittiren [1]). Die Theorie der Gesammtberechtigung würde dies durchaus zulassen; ebenso aber liegt auf der Hand, daß kein practisches Interesse der Gesammtberechtigten es erfordert [2]); es tritt der Verzicht bei der

1) l. 34. pr. serv. pr. v. 8, 3.
2) Anders bei der Correalobligation.

Servitut überhaupt in den Hintergrund; perpetua servitutis causa esse debet, die Servitut setzt ein dauerndes Bedürfniß des herrschenden Grundstücks voraus, und es liegt deshalb in der ganzen Anlage und Natur der Prädialservitut, nicht aufgegeben zu werden; leicht ist es deshalb erklärlich, daß dem einzelnen Gesammtberechtigten ein Verfügungsrecht nicht zugestanden wurde. Weil diese Argumentation auf mehrere Miteigenthümer eines dienenden Grundstückes nicht anwendbar ist, so muß man behaupten, daß die Remission an Einen von ihnen giltig ist und die ganze Servitut aufhebt; zwar läßt sich hiefür kein Quellenzeugniß anführen; doch muß es genügen, daß kein Quellenzeugniß widerspricht.

III. Besondre Beachtung verdient das in l. 18. s. v. p. 8, 3. und l. 15. quemadm. serv. am. 8, 6. erwähnte Verhältniß. Daß es ein Gesammtrechtsverhältniß ist, zeigen, abgesehen von der Bezeichnung „*tota* servitus", die in §. 11. erörterten Bestimmungen: es giebt eine Gesammtservitut (una est via) mit der Folge, daß die Servitut auf allen Grundstücken erhalten wird, wenn sie nur auf Einem ausgeübt wird; und es giebt Sonderservituten mit der Folge, daß das eine Grundstück von der Servitut durch Confusion oder anderweitig befreit werden kann — ganz wie bei der Correalobligation, bei Confusion, obligatio manet, persona tantum eximitur. Der Grund aber, weshalb dieses Gesammtrechtsverhältniß unsre besondre Aufmerksamkeit erfordert, liegt in Folgendem. Alle Fälle des Gesammtrechtsverhältnisses, die wir bisher aufstellten und noch aufstellen werden, bestehen auf Seiten der Personen; das Gesammtrechtsverhältniß setzt die Verbindung mehrerer rechtlicher Existenzen zu einer Einheit voraus; hiezu sind die Personen wegen ihrer gleichen Natur besonders fähig, Sachen hingegen wegen ihrer Ungleichartigkeit in der Regel unfähig. Allein es ist bereits Abschnitt 1. §. 3. S. 68. 69. bemerkt worden, daß Sachen nicht schlechthin unfähig sind: sie sind dann fähig, wenn ihre wirthschaftliche Bedeutung resp. ihre Verkehrsstellung es zuläßt. Mit einem solchen Fall haben wir es hier zu thun; jene Weggerechtigkeit der ll. 18, 15 citt. kann von keinem Grundstück allein, sondern nur von allen zusammen geleistet werden; daher werden sie zu Einem Grundstück vereinigt, und erst hieran schließt sich die Vereinigung ihrer Eigen-

thümer zu Einer Person. Es gelten deshalb hier dieselben Grundsätze, welche bei der reellen Theilung eines dienenden Grundstücks in Anwendung kommen. — Bereits ist auch in §. 11. bemerkt worden, daß in analoger Weise mehrere Grundstücke und ihre Eigenthümer als herrschende Einheit zusammengefaßt werden können, und daß dann ein actives Gesammtrechtsverhältniß entsteht.

§. 13. Der Ususfructus an Quoten.

Die Auseinandersetzung, mit welcher wir im §. 7. die Untheilbarkeit der Servituten zu begründen versuchten, führt, wie wir bereits S. 135. bemerkten, zu der Consequenz, auch dem Ususfructus den Character der Untheilbarkeit zu vindiciren. Und doch scheint dies nach der Lage der Quellen fast unmöglich. Um uns nun von vornherein auch durch Aussprüche von Römischen Juristen, zwar nicht von den allerletzten, aber darum doch nicht von minder angesehenen, zu schützen, wollen wir sogleich zu Anfang drei Fragmente hersetzen, die allerhand Bedenken an der Theilbarkeit des Ususfructus rege machen müssen: l. 32. de serv. stip. 45, 3., l. 1. §. 9. ad leg. falc. 35, 2, und l. 1. §. 1. de usufr. accr. 7, 2:

l. 32 cit.: Si quum duorum ususfructus esset in servo, is servus uni nominatim stipulatus sit ex ea re, quae ad utrosque pertinet, Sabinus ait, quoniam soli obligatus esset, videndum est, quemadmodum alter usuarius partem suam recipere possit, quoniam inter eos nulla communio juris esset; sed verius est utili, communi dividundo judicio inter eos agi posse.

l. 1. §. 9 cit.: Si ususfructus legatus sit, qui et dividi potest, non sicut ceterae servitutes individuae sunt, veteres quidem aestimandum totum usumfructum putabant, et ita constituendum, quantum sit in legato, sed Aristo a veterum opinione recessit; ait enim, posse quartam partem ex eo sicut ex corporibus retineri, idque Julianus recte probat. Sed operis servi legatis, quum neque usus neque ususfructus in eo legato esse videtur, necessaria est veterum sententia, ut sciamus quantum est in legato. quia neces-

sario ex omnibus quae sint facti pars decedere debet, nec pars operae intelligi potest. Imo et in usufructu si quaeratur, quantum hic capiat cui ususfructus datus est, quantum ad ceterorum legatorum aestimationem aut etiam hujus ipsius ne dodrantem excedat legatum, necessario ad veterum sententiam revertendum est.

l. 1. §. 1. cit.: Apud Julianum l. 35. Dig. quaeritur, si communi servo ususfructus sit relictus, an altero *repudiante* vel amittente usumfructum alter totum habeat? Et putat ad alterum pertinere, et licet dominis ususfructus non aequis partibus sed pro dominicis acquiratur, tamen persona ejus, non dominorum inspecta, ad alterum ex dominis pertinere, non proprietati accedere.

In l. 32. leugnet noch Sabinus mit klaren Worten jede communio juris unter den Mitusufructuaren (quoniam inter eos nulla communio juris esset); auch weiß er für den dort beregten Fall noch kein Rechtsmittel zu geben; denn die act. comm. div. ut. stammt (wie schon die directe Rede verius est ergiebt) nicht von Sabinus, sondern von Paulus. Die act. comm. div. in ihrer Anwendung auf den Ususfructus rührt überhaupt erst von Julian her[1]): cur enim, rechtfertigt er sie nach der Relation Ulpians in l. 13. §. 3. de usufr. 7, 1, ad arma et rixam procedere patiatur praetor, quos potest jurisdictione sua componere? Mit solchen volltönenden Worten pflegt nur entweder derjenige aufzutreten, der etwas Neues lehrt oder derjenige, der in einer lebhaft ventilirten Streitfrage seine Meinung abgiebt; da wir von letztrer nichts wissen, im Gegentheil aus l. 4. i. f. de aq. aest. 43, 20.[2]) erfahren, daß Julians Meinung sich sofort allgemeinen Beifalls erfreute, so bleibt nur

1) Auch auf andre Servituten wandte er zuerst an: l. 4. de aq. aest. 43, 20. Auch Labeo kennt das comm. div. utile jud. noch nicht in seiner Anwendung auf Prädialservituten, und wird deshalb von Paulus berichtigt; dies ist der Inhalt der berühmten l 19. §. 4. comm. div. 10, 3, über welche zu vgl. Schrader civ. Abh. S. 300. Vangerow Pand. 1, 813. Böcking Pand. §. 169. N. 18. Elvers Serv. S. 809.

2) Diese ist aus dem 41. Buch von Julians Digesten, die l. 13. aus dem 35. oder 38. Buch.

übrig anzunehmen, daß Julian zuerst die com. div. act. zwischen Usufructuaren anwenden ließ. Wäre nun der Nießbrauch seiner innersten Natur nach ein theilbares Recht, so bliebe es eine äußerst auffallende Erscheinung, daß die act. com. div. zunächst nur für gemeinschaftliches Eigenthum aufgestellt wurde [1]), und sodann, daß keine der vor Julian lebenden Juristen an eine Uebertragung der Klage auf den gemeinschaftlichen Nießbrauch dachte.

Noch bedeutsamer ist das Argument aus l. 1. §. 9. ad l. falc. Ueber die Differenz zwischen den Veteres und Aristo kann kein Zweifel herrschen. Jene gaben dem Usufructuar den ganzen Usus-fructus und hielten ihn nur verpflichtet, den Werth der Quart an den Erben in Geld zu entrichten, — wie bei den übrigen Legaten von untheilbaren Dingen [2]); Aristo hingegen statuirte einen zwischen Erben und Legaten gemeinschaftlichen Nießbrauch. Man ist versucht, den Grund der Ansicht der alten Juristen darein zu legen, daß sie den Nießbrauch an einer Quote überhaupt für unmöglich hielten; eine Ansicht, die schon um deshalb nicht verwerflich ist, weil wir erst von Sabinus ein Zeugniß für den ususfr. partis besitzen. Will man dies nicht, so muß man behaupten, daß die Veteres einen ungetheilten Nießbrauch begünstigten, oder daß sie annahmen, der Ususfructus entstehe ganz für den Legatar, und ein einmal bestehender Ususfruct könne nicht de jure auf einen Andren übertragen werden. Für das Erste läßt sich kein Grund auffinden; das Letzte aber kann unmöglich angenommen werden aus einem doppelten Grunde 1) weil das Recht auf den Abzug der Quart mit dem Legat zugleich entsteht, die lex Falcidia ist lex perfecta, und läßt es deshalb ebensowenig zur Entstehung von Alleinusus-fructus wie von Alleineigenthum kommen, vielmehr concurrirt der Erbe mit dem Legatar; 2) weil ja dem Eigenthümer jede Servitut zurückcedirt werden kann.

Das dritte Fragment (l. 1. §. 1. de usufr. acr. 7, 2) ist gleichfalls sehr erheblich. Es behandelt zwei Fälle: den, wo der eine Miteigenthümer das Legat ablehnt, und den wo er es hinterher

1) l. 4. pr. com. div. 10, 3.
2) cf. l. 80. §. 1. ad l. falc. 35, 2.

verliert; auf den zweiten Fall werden wir später (S. 179 ff.) zurückkommen; hier soll nur vom ersten die Rede sein. Danach erwirbt der nicht ablehnende Miteigenthümer den ganzen Ususfructus. Findet dies etwa, wenn dem Sclaven Eigenthum legirt ist, gleichfalls Statt? Keineswegs, vielmehr heißt es in l. 20. de leg. II:

> Celsus: Et Proculo placebat et a patre sic accepi, quod servo communi legatum sit, si alter dominorum omitteret, alteri non accrescere; non enim conjunctim *sed partes legatas; nam ambo si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam si servo haberet.*

Schließt man von der Motivirung des Celsus auf den Ususfruct, so gelangt man zu dem Ergebniß: bei dem Ususfruct sind nicht Theile legirt, wenn jeder Miteigenthümer ihn vindicirt, so hat er ihn ganz. Und frägt man nach dem Grund dieser Differenz zwischen Eigenthum und Ususfruct, so bietet sich kein andrer dar, als der, daß der Ususfructus nicht theilbar ist.

Die drei Leges, die wir bisher erörterten, sollten gleichsam captatio benevolentiae sein; die Ansicht von der Theilbarkeit des Ususfructus steht so allgemein fest, daß wir sie zu allererst mit Quellenzeugnissen, nicht mit Gründen aus der Natur des Ususfructs zu widerlegen versuchten.

Was nun diese Gründe aus der Natur des Ususfructs betrifft, so gilt uns als der bedeutendste der, daß der Usufructuar die Früchte erwerben soll, Früchte aber bloß von einem natürlichen Organismus, nicht von einem bloß dem Gedanken nach existirenden Dinge erzeugt werden. Dem wird man vielleicht entgegentreten und einwenden: „der Ususfructus ist das Recht, die Früchte durch Perception zu erwerben, sein Object sind die Früchte [1]), diese sind gleichsam seine Voraussetzung, er entsteht erst mit ihnen; was vor die Entstehung der Früchte fällt (daß nämlich eine pars pro indiviso nicht Früchte erzeugen kann), geht den usufructuarius partis nicht an; genug:

---

1) So der neueste Schriftsteller Cohnfeldt: Die irregulären Servituten S. 43, welcher schreibt: „Beim regulären Ususfruct kommt es nicht auf den Act, sondern auf den Gegenstand des Actes d. h. die Früchte und Erzeugnisse an, und wie diese theilbar sind, ist es auch das Recht selbst".

die Früchte sind da und zugleich theilbar, also auch ein Ususfructus an einer Quote möglich". Ja, für diese Argumentation kann man sich anscheinend auf die bekannten Worte der l. 1. §. 3. de usufr. accr. 7, 2: ususfructus quotidie constituitur et legatur berufen. Man gestatte uns indeß, diese Lex erst später zu erklären; was aber jene Argumentation anlangt, so liegt in ihr ein Aufgeben des dinglichen Characters des Nießbrauchs; wenn man den Nießbrauch, weil er ein Recht auf die Früchte ist, erst mit den Früchten selbst entstehen und Alles vor der Entstehung der Früchte Liegende unberücksichtigt lassen will, so ist nimmermehr zu erklären, weshalb der Nießbrauch ein Recht an der fruchttragenden Sache ist. — Sodann ist doch der Ususfructus eben Ususfructus, d. h. es liegt in ihm zugleich der Usus [1]) — so sehr, daß ein legatum fructus deducto usu ungiltig ist [2]). Zwar giebt es Fälle, wo ein fructus sine usu möglich ist [3]), allein diese setzen unsres Erachtens voraus, daß die Früchte ohne alles menschliche Zuthun entstehen (z. B. Ususfructus an einem Obstgarten oder Wald), und das ist verhältnißmäßig seltne Ausnahme. Ist nun aber der Usus anerkanntermaßen untheilbar: wie soll der Ususfructus, der jenen als Bestandtheil hat, auf einmal theilbar werden? Wo die Quellen genau reden, erklären sie nicht den ususfructus, sondern den fructus für theilbar:

l. 19. de usu et hab. 7, 8: ... *frui* quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus.

Wenn noch immer einige Juristen für die Untheilbarkeit der Servituten sich darauf berufen, daß man nicht halb gehen, nicht halb Wasser schöpfen u. s. w. könne, so läßt sich mit eben demselben Rechte behaupten, daß man nicht halb Früchte ziehen könne. Auch wollen wir noch zum Schluß die Frage aufwerfen, wie sollen sich zwei Usufructuare eines Pferdes, wenn sich kein Miether findet, in den Ususfructus so theilen, daß sie beide ihn zu gleicher Zeit (das verlangt die absolute Theilbarkeit) ausüben?

---

1) l. 14. §. 1. de usu 7, 8. Paul. sent. rec. 3, 6. §. 24.

2) l. 14 cit.

3) l. 14. §. 3. de us. 7, 8. gehört wohl nicht hierher, wohl aber l. 13. §. 3. de acc. 46, 4.

Vereinigt man mit diesen Argumenten die oben erklärten Quellenzeugnisse, so scheint es uns nicht bestreitbar, das der Usufructus gleichfalls seinem innersten Wesen nach untheilbar ist[1]). Woher kommt es nun aber doch, daß er in den Quellen als theilbar bezeichnet wird, und daß in Consequenz hiezu ein Ususfr. an einer Quote entstehen und zu einem ideellen Antheil untergehen kann? Das hängt allerdings mit der Differenz zusammen, die zwischen dem Ususfr. und den obigen Servituten besteht.

Die Servituten (außer dem Ususfr.) sind dazu bestimmt, das Bedürfniß eines Individuums zu befriedigen; die wirthschaftliche Nothwendigkeit hat sie eingeführt. Der Ususfr. soll nur Jemanden Vermögensvortheile zuwenden, er ist ein Resultat des freien Verkehrs. Die Servituten werden deshalb bestehn, so lange die Welt steht; der Ususfr. wird möglicherweise untergehn; er wäre schon untergegangen, hätte er sich nicht im Quasiususfructus eine sehr fruchtbare Erweiterung gegeben, und hätte er nicht in dem sog. Nießbrauch des deutschen Rechts neue Species erhalten. — Aus diesem Ursprunge, von Servitut einerseits und Ususfr. andrerseits, folgt, daß der

1) Hiemit dürfte auch die Argumentation Ubbelohde's über die Theilbarkeit des Ususfructus (Lehre von den unth. Obll. S. 10) ihre Erledigung gefunden haben. Er schreibt: „die Früchte sind regelmäßig Fungibilien, also Sachen, die nach Summen ihre Bedeutung bekommen. Es findet daher ein der bestimmten Quote des Rechts zum frui entsprechenden Theil von der ganzen Summe der gewonnenen Früchte seine Repräsentation in einer gewissen Menge einzelner ganzen Früchte". Hieraus leitet Ubbelohde die Theilbarkeit des Ususfructus ab; nun fällt dem Leser sogleich bei, daß einerseits der foetus pecorum keine fungible Sache ist, andrerseits daß die Ubbelohdesche Deduction auch auf den Usus paßt, und demnach auch dieser theilbar sein müßte. Allein Ubbelohde selbst giebt seine Beweisführung auf: denn er fährt fort: „hiebei bleibt jedoch noch das Eine zu bemerken, daß zum Zweck der Fruchtgewinnung stets eine Verfügung über die Substanz der fruchttragenden Sache selbst nothwendig ist, daß insofern also auch das Recht zum frui untheilbar erscheint, und daher nur in Uebereinstimmung aller zum frui quotenweis Berechtigten ausgeübt werden darf". Trotzdem aber macht Ubbelohde von jener Beweisführung noch bei andren Servituten Gebrauch und erklärt deshalb die Servitut auf das Graben von Thon zur Anfertigung von Gefäßen, überhaupt alle Servituten, die in dem Bezuge von Fungibilien bestehen und nicht auf das Bedürfniß beschränkt sind, für theilbar, a. a. O. S. 11 ff.; ja, selbst der Usus ist ihm theilbar (a. a. O. S. 15).

Inhalt einer Servitut von dem Willen der Parteien unabhängig ist, er wird durch das Bedürfniß des herrschenden Individuum bestimmt; der Inhalt des Ususfr. hingegen hängt durchaus von dem Willen der Constituenten ab. Wird ein Ususfr. schlechthin bestellt, so sind darunter alle Früchte gemeint; nichts aber steht im Wege, daß der Eigenthümer selbst mit dem Usufructuar in Concurrenz tritt, indem er ihm bloß einen Theil der Früchte abläßt, oder daß er Mehreren das Recht auf die Früchte zum Theil einräumt, oder daß ein Miteigenthümer, bezüglich seiner Quote, einen Usufructus bestellt. Darin besteht die Theilbarkeit des Ususfr. Sie ist in Wahrheit keine; der Ususfr. besteht an der ganzen Sache, aber der Usufructuar darf deren Früchte nur zum Theile erwerben. Auch der usufructuarius partis nutznießt die ganze Sache, denn jede Frucht ist ein Erzeugniß der ganzen Sache, und wer auch nur die geringste Frucht percipirt, macht dadurch ein Recht an der ganzen Sache geltend. Wenn daher ein Ususfructus an einer pars quota entstehen oder untergehen kann, so liegt darin noch durchaus kein Argument für die Theilbarkeit des Ususfructus; wenn ferner der Ususfructus ausdrücklich für theilbar erklärt und deshalb den andren Servituten entgegengesetzt wird [1]), so ist dies dahin zu verstehen, daß, während der Inhalt der Servitut sich nach dem Bedürfniß des dienenden Grundstücks richtet, der des Ususfructus vom Willen der Constituenten abhängt, daher der Usufructuar auch bloß einen Theil der Früchte erhalten kann, und dennoch Usufructuar bleibt. Ob zur Bezeichnung dieser Natur des Ususfructus der Ausdruck „der Ususfructus ist theilbar" durchweg angemessen ist: darüber scheint uns, darf man mit Grund zweifeln [2]). —

Dies wollten wir vorausschicken, als Grundlage, des bei dem Ususfructus stattfindenden Gesammtrechtsverhältnisses, zu dessen Darstellung wir uns jetzt wenden.

---

1) l. 1. §. 9. l. 81. pr. ad l. falc. 35, 2. l. 13. pr. de acc. 46, 4.

2) Diejenigen freilich, welche die Theilung nicht (wie wir) auf die Rechtsobjecte (die Sachen) beschränken, sondern gerade auf die Rechte selbst beziehen, werden die Bezeichnung des Ususfructus als eines theilbaren Rechts als richtig erklären.

Der Ususfruct hat in einer Beziehung große Verwandtschaft mit dem Eigenthum: er ist nach der Seite hin, nach welcher er die Sache ergreift, eben so erschöpfend wie das Eigenthum; er erschöpft die ganze natürliche[1]) Seite der Sache, und daraus folgt, daß, während die servitutes itineris, actus, aquaeductus u. s. w. in fast unbegränzter Zahl an derselben Sache statthaben können, nur Ein Ususfructus möglich ist. Wie Ein Eigenthum, so Ein Ususfructus.

Wird trotzdem Mehreren der Ususfruct an der ganzen Sache bestellt, und zwar in der Absicht, daß dadurch nicht Theile entstehen sollen, so ist dies nur in der Weise möglich, daß jene Mehreren zu einer Einheit verbunden werden. Dann entsteht der Ususfructus zunächst als ungetheilter für diese Einheit. Dann geht er auf jedes Glied der Einheit, welches ja eine selbständige Persönlichkeit ist und selbständige Vermögenszwecke verfolgt, gleichfalls ungetheilt über. Nunmehr aber finden sich Mehrere mit demselben Recht an derselben Sache begabt, und jetzt entsteht, da die Früchte theilbar sind, eine Theilung der Früchte. Das aber ist Gesammtberechtigung. Daß zum Schluß nun doch Theile (an den Früchten) entstehen, berechtigt nicht zu der Behauptung, daß die Gesammtberechtigung nur Scheindasein hat; wir werden bald zeigen, daß auf diese Gesammtberechtigung die Accrescenz unter Usufructuaren auch nach dem Erwerb des Nießbrauchs durch die Legatare zurückzuführen ist.

Daß aber auch den Quellen unser Gedankengang nicht fremd ist, beweist

> l. 3. pr. de usufr. accr. 7, 2: ... cui sententiae congruit, ratio Celsi dicentis, toties esse jus accrescendi, quoties in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est.

Zu betonen ist das „in solidum habuerunt"; wir haben keine Stelle gefunden[2]), worin, wenn es sich um Accrescenz bei Eigenthumslegaten handelt, den Legataren ein „in solidum habuisse"

1) S. hierüber oben Abschn. 1. §. 2. S. 62 f.

2) In l. 80. de leg. 3. heißt es: conjunctim heredes institui aut conjunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. Hiernach ist bei Erbschaft und Eigenthumslegat zwar ein Ganzes gegeben (datum), aber nicht erworben.

zugeschrieben wird [1]); die Differenz zwischen Eigenthum und Usus-fructus (jenes ein theilbares, dieses ein untheilbares Recht) ist offenbar der Grund davon. Nach jenen Worten haben zwei Personen den Ususfr. in solidum gehabt; das ist — vorausgesetzt daß unsre Behauptung „es giebt nur Einen Ususfr." richtig ist — nur möglich vermöge Statuirung der Gesammtberechtigung. Freilich lehren jene Worte nur ein »habuerunt«, nicht ein »habent«, wie wir lieber schreiben möchten; allein dies mag daher rühren, daß der Jurist mehr auf den practischen als den theoretischen Inhalt des Ususfr. sah: theoretisch blieb es trotz der Concurrenz ein Ususfr. in solidum, jedoch mit Beschränkung auf einen Theil der Früchte, so lange der andre Legatar lebte; practisch war es nach der Concurrenz ein ususfr. partis, aber mit jus accrescendi, sobald der andre Legatar wegfiel. —

Die Folge dieses Gesammtrechtsverhältnisses aber ist, wie angeführt, die Accrescenz unter den Usufructuaren. Ehe wir dies darthun, wollen wir noch beweisen, daß es auch die einzige Folge ist. Es ist aber bekannt, daß Litiscontestation [2]), Nonusus, Capitisdeminution [3]) jeden Legatar für sich treffen; kein Consfructuar kann durch sein Handeln nicht bloß sich, sondern etwa auch dem Genossen nützen oder schaden; das ist auch ganz in der practischen Stellung dieses Gesammtrechtsverhältnisses begründet; es giebt kein gemeinschaftliches Interesse, aus welchem diese Gesammtberechtigung hervorgegangen und von welchem sie fortdauernd getragen wäre. Auch war der Wille des legirenden Erblassers nicht darauf gerichtet, daß der eine Consufructuar für den andern sollte handeln dürfen.

Jene Accrescenz aber läßt sich durch das Gesammtrechtsverhältniß mit Leichtigkeit begreifen [4]). Wird Zweien der Ususfr. im selben

1) Bei Schriftstellern der früheren Jahrhh. ist das freilich anders; sie übertrugen diese Aeußerung über den Ususfr. auf alle Vindicationslegate; s. unten Abschn. 8. §. 40.

2) l. 10. de usufr. accr. 7, 2. l. 14. §. 1. de exc. r. j. 44, 2. l. 33. §. 1. de usufr. 7, 1.

3) fr. Vat. §§. 46. 75. 61. 62. l. 16. C. de usufr. et hab. 3, 33.

4) Daß nur accrescirt, wenn an Mehrere re conjuncti per vindicationem legirt ist, folgt aus allgemeinen Grundsätzen, auf die wir in Abschn. 8. §. 40. zurückkommen und hier unerörtert lassen.

Augenblick an der ganzen Sache bestellt, so entsteht er für jeden in solidum; in die Erzeugnisse freilich müssen sich beide theilen, da sie theilbar sind; sobald aber der Eine wegfällt, so wird das Recht des Andren von der Einschränkung frei, und die Früchte gehören ihm allein. Hierdurch erklärt es sich, warum — im Gegensatz zum Eigenthumslegat — das Accrescenzrecht der Nießbrauchslegatare eintritt, auch wenn ein Conusfructuar nach dem Erwerbe wegfällt; bei mehreren Eigenthumslegataren entsteht mit dem Augenblick des Erwerbs Theileigenthum, daher ist fernere Accrescenz unmöglich; bei mehreren Nießbrauchslegataren entsteht mit dem Augenblick des Erwerbs Gesammtnißbrauch, daher dauert die Accrescenz fort. Nimmt man hingegen den Ususfr. als getheilt an, so läßt sich nicht mehr behaupten, daß ein Nießbraucher den andren beschränke; vielmehr ist dann das Object des Ususfr. für den einen ein andres als für den andren; fällt also der eine hinweg, so würde das Object seines Ususfr. nießbrauchsfrei, und diese Freiheit müßte der Eigenthümer erwerben [1]). Trotz dieser, wie uns scheinen will, nicht zu widerlegenden Einwendung hat auch die herrschende Ansicht die Accrescenz mit der Theilbarkeit des Ususfr. verträglich zu machen versucht [2]). Man stützt sich dabei auf folgende Argumentation. Das Legat des Ususfr. ist von dem des Eigenthums durchaus verschieden; bei dem Eigenthumslegat erhält der Honorirte sofort mit dem Erbschaftsantritt den ganzen Inhalt des Legats; der Ususfr. besteht wesentlich in den einzelnen Handlungen des uti und frui, diese können nicht auf einmal vorgenommen werden, sondern können es nur hintereinander im Laufe der Zeit, sobald Gelegenheit zur Fruchtziehung eintritt; der Usufructuar erwirbt deshalb nicht sowohl mit dem Erbschaftsantritt als vielmehr mit der Handlung des Fruchtziehens; erst wenn die Frucht entstanden, wird ihm deferirt; fällt also der eine Conusfructuar hinweg, so wird dem Andren nicht etwa deferirt,

1) So ist es im Falle der l. 1. §. 4. l. 2. de usufr. accr. 7. 2. fr. Vat. §. 78. Der Testator hat zwei Erben berufen und einem dritten die Proprietät deducto usufr. legirt; es ist hier kein Ususfr. in solidum für jeden Erben bestellt, und ein Accrescenzrecht findet deshalb unter ihnen nicht Statt.

2) Einige Schriftsteller haben an einer Erklärung der eigenthümlichen Accrescenz des Nießbrauchs verzweifelt; so Francke obs. de j. leg. et fid. caput. 2. Lelièvre diss. de usufr. acer.

was bereits erworben war, sondern was noch von Niemanden erworben war: kurz die gewöhnlichen Grundsätze des Accrescenzrechts finden auch beim Ususfructus Anwendung. Diese Argumentation findet ihre hauptsächlichste Stütze in l. 1. §. 3. de usufr. accr., wo es heißt:

> Ulp.: In usufructu hoc plus est quia et constitutus et postea amissus nihilominus jus accrescendi admittit, omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt, et ut Celsus et Julianus eleganter ajunt, ususfructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore quo vindicatur. Quum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum.

Auch in l. un. §. 2. quando dies usufr. 7, 3. heißt es:

> tunc constituitur ususfructus quum quis jam frui potest.

Indeß stehen doch diesen Quellenaussprüchen andre gegenüber, welche den dies cedens des legirten Usufr. in den Zeitpunkt der Erbschaftsantretung setzen:

> l. un. pr. quando dies us. 7, 3: quamquam ususfructus ex fruendo consistat, id est facto aliquo ejus qui fruitur et utitur, tamen semel cedit dies, aliter si cui in menses vel in dies vel in annos singulos quid legetur, tunc enim per dies singulos vel menses vel annos dies legati cedit.

Auch läßt sich mit jener ersten Annahme nicht vereinbaren, wie ein Usufr. durch Nonusus oder Capitis deminutio untergehen könne, worin der Unterschied zwischen Usufr. überhaupt und in dies singulos liege u. s. w. Zwar hat man mit folgender Argumentation zu helfen gemeint: „Der einmal eintretende dies cedens bestimmt nur die Person des Legatars, nicht aber das Object des Legats; letztres, welches erst innerhalb der Zeit entsteht, wird erst durch die Entstehung bestimmt, und mit ihm entsteht der Usufr. immer von Neuem“ [1]). In dieser Schlußfolgerung ist Alles richtig bis auf den einen Umstand, daß der Usufructus sich mit der entstandenen Frucht von Neuem constituirt; vielmehr ist der Usufructus von Anfang an vorhanden, vorhanden als Recht an der Sache, freilich kann er nur dann geltend gemacht und ausgeübt werden,

1) S. namentlich Schneider Accrescenzrecht S. 289.

wenn sich eine Frucht gebildet hat, aber die Geltendmachung und Ausübung ist keine Constituirung des Ususfr. Wenn es in l. un. §. 2. qu. d. us. 7, 3. heißt »dies ususfructus non prius cedet, quam hereditas adeatur; tunc enim constituitur ususfructus quum quis jam frui potest«, so liegt darin kein Argument für die gegnerische Ansicht. Dort handelt es sich um die rechtliche Möglichkeit den Ususfructus geltend zu machen; diese tritt hier wie bei jedem Legat erst mit dem Erwerbe der Erbschaft ein; erst mit diesem Erbschaftserwerb entsteht der Ususfr., weil er ex fruendo besteht. Von der factischen Möglichkeit des Fruchtziehens, deren Voraussetzung die Entstehung der Frucht ist, wird in jener Lex nicht gehandelt; auf sie ist deshalb der darin ausgesprochne Grundsatz (constituitur ususfr. quum quis frui potest) nicht anzuwenden. Wer den Ususfr. immer erst mit den Früchten entstehen läßt, verkennt durchaus den dinglichen Character des Ususfr.; auch kann man dann, um es zu wiederholen, nicht erklären, wie es möglich ist, daß der Ususfr. durch Nonusus und Capitis deminutio untergeht.

Faßt man dagegen mit uns diejenigen, denen ein Ususfr. per vindicationem an der ganzen Sache legirt ist, als Gesammtberechtigte auf, so entgeht man den eben beregten Schwierigkeiten. Jeder Conusfructuar nämlich darf als Gesammtberechtigter die ganzen Früchte ziehen; nur erkennt er an, daß neben ihm ein Andrer dasselbe Recht habe, daher theilt er sich mit ihm in die Früchte; fällt letztrer jedoch weg, so tritt sein Recht auf die Früchte unbeschränkt in Kraft. Daß der Wegfall der Beschränkung mit dem Worte »jus accrescendi« bezeichnet wird, ist allerdings nicht durchaus correct; indeß kommen wir darauf unten in Abschnitt 8. §. 40. zurück, und werden dort ausführen, daß der Ausdruck von dem äußern Schein des Rechtsverhältnisses hergenommen ist; äußerlich nämlich ist jeder Conusfructuar bloß usufructuarius partis [1]), und es scheint ihm der Theil des Wegfallenden anzuwachsen.

Wie nun aber sind hiermit die Worte der l. l. §. 3. de usufr. accr. zu vereinigen: ususfructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore quo vindicatur; quum primum

1) Vgl. l. 14. §. 1. de exc. r. j. 44, 2. l. 10. de usufr. accr. 7, 2. l. 33. §. 1. de usufr. 7, 1.

itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum? Offenbar muß diese Argumentation umgestellt werden; der Jurist will sagen: beim Ususfr. gewinnt der Uebrigbleibende das Recht des Wegfallenden (dies folgt aus der Gesammtberechtigung), also ist es so, als wenn ihm beim Wegfall der Ususfr. neu aufs Ganze constituirt und legirt worden wäre.

Ohne diese Gesammtberechtigung ist die Rechtsregel: usus-fructus non portioni sed homini (personae) accrescit [1]) nicht zu erklären; sie bedeutet bekanntlich, daß der Cousufructuar, welcher sein Anrecht durch Nonusus oder im Proceß verloren hat (so daß im letzten Fall einer erneuten Klage die exc. rei jud. entgegensteht), dennoch vom Accrescenzrecht Gebrauch machen darf. Schneider [2]) hat die Regel darauf zu gründen versucht, daß ja beim Ususfructus die Accrescenz auch nach eingetretnem Erwerb stattfinde; allein der Schluß hiervon auf jene Regel ist unsrer Meinung nach unzulässig, da die Accrescenz immer nur für denjenigen eintreten kann, der ein Stück Legat hat. Richtiger schreibt Vangerow [3]), daß „mit dem Verlust des Nießbrauchs keineswegs auch der Verlust des Legatenrechts verbunden ist"; allein einmal bleibt der Zweifel, wie es möglich ist, daß das Legatrecht fortdauert, trotzdem sein Inhalt untergegangen ist, und sodann dürfte die Behauptung „der Nießbrauch sei untergegangen" überhaupt nicht haltbar sein. Am klarsten ergiebt sich dies, wenn man den Fall der l. 14. §. 1. de re jud. und der l. 33. §. 1, de usufr. 7, 1. in Erwägung zieht; durch res judicata geht kein Ususfructus unter, sondern nur die Klage wird consumirt; ähnlich ist es bei dem Nonusus dieses (an Mehrere in solidum legirten [4]) Ususfructus; de jure geht der Ususfr. auf die ganzen Früchte; befindet sich nun der Usufructuar im Nonusus, so läßt sich ihm nicht der Vorwurf machen, daß er seinen vollen

1) l. 14. §. 1. de enc. r. j. 44, 2. l. 33. §. 1. de usufr. 7, 1. l. 10. de usufr. accr. 7, 2.

2) a. a. O. S. 294 f.

3) Pand. §. 554. 6. Aufl. 1, 631.

4) Nur auf diesen bezieht sich unsre Behauptung; daß in andren Fällen der Nonusus den Ususfr. aufhebt, leugnen wir durchaus nicht, weil hier das Object des Ususfr. und der Nonusus sich deckt, während dies im Falle des in solidum legirten Ususfr. nicht der Fall ist.

Ususfr. nicht ausübe; zu dieser vollen Ausübung war er wegen der Concurrenz der Genossen nicht einmal befugt; der Nonusus deckt demnach das Objekt des Ususfr. nicht und der Usufructuar bleibt Usufructuar wie bisher; nur soweit ihm eine Nachlässigkeit vorzuwerfen ist, oder soweit ihm die Klage abgesprochen ist, darf er den Ususfr. nicht ausüben; fällt nun hierauf seine Genosse weg, so gebührt ihm die Ausübung der bisherigen Rechte des letztren, weil diese ein Ausfluß des Ususfructus sind und hinsichtlich dieser kein Nonusus noch auch res judicata vorliegt; die Accrescenz ist nichts als der Wegfall einer Schranke; das Recht des Ususfr. ist dem Usufructuar, auch dem nonutirenden und dem im Proceß unterlegnen, immer verblieben.

Natürlich folgt auch hieraus, daß, wenn diese Accrescenz eingetreten ist, das einmal Verlorne nicht wiedererworben werden kann[1]); die Accrescenz bedeutet, daß der eine Usufructuar, der bisher durch den Genossen factisch gehindert war, die Früchte ganz zu ziehen, von diesem Hinderniss frei wird; soweit nicht dieses Hinderniß, sondern anderweite Gründe (z. B. Nonusus, Verlust des Processes) seinem Fruchtgenusse im Wege stehen, soweit kann die Accrescenz keine Aenderung herbeiführen. Hierher gehört die l. 3. §. 2. qu. m. us. am. 7, 4:

> Idem Papinianus quaerit, si Titio et Maevio usufructu legato, in repetitione ususfructus non totum sed partem Titio relegasset, an viderentur conjuncti? Et ait, si quidem Titius amiserit, totum socio accrescere; quodsi Maevius amississet, non totum accrescere sed partem ad eum, partem ad proprietarium redire. Quae sententia habet rationem, neque enim potest dici, eo momento, quo quis amittit usumfructum et resumit, etiam ipsi quidquam ex usufructu accrescere; placet enim nobis ei qui amittit usumfructum ex eo, quod amittit, nihil accrescere.

Die verschiedensten Interpretationen sind von den Schriftstellern aufgestellt worden, und selten hat eine sich Anhänger zu verschaffen

1) l. 3. §. 2. i. f. qu. mod. ususfr. am. 7, 4: Placet nobis, ei qui amittit usumfructum ex eo, quod amittit nihil, accrescere. F. Vat. §. 76: Atquin quod quis amittit secundum Pomponii sententiam ei non accedit.

gewußt. Schon die Glossatoren waren getheilter Ansicht [1]). Die Einen meinten, Titius erwerbe im Falle des Relegats nicht die relegirte Hälfte, sondern bloß deren Hälfte (also ein Viertel des des ganzen Ususfructus), weil auch hier Mävius concurrire; falle nun Mävius hinweg, so wachse von seinen drei Vierteln das eine dem Titius an, weil beide in der Hälfte concurrirten; die andre Hälfte des Mävius hingegen kehre zum Proprietar zurück [2]). Andre Glossatoren hingegen meinten, daß die letzterwähnte Hälfte des Mävius dem Titius accrescire, wogegen die erstren erinnerten, daß in dieser Hälfte Titius nicht mit Mävius conjungirt sei; jene beriefen sich auf l. 10. de usufr. accr. 7, 2; diese erwiederten, daß es sich in l. 10. um eine injusta amissio, in l. 3. §. 2. um eine justa handle. Dieser letzte Grund ist nun jedenfalls unhaltbar; kein Wort in l. 10. deutet an, daß die dort gefällte Entscheidung auf dem Motiv einer injusta amissio ruhe; allein trotzdem zweifeln wir nicht, daß die zweite Ansicht der Glosse zu verwerfen ist, denn in l. 3. §. 2. ist im Falle des Relegats Titius mit Mävius nicht conjungirt. Ebenso unrichtig aber ist die erste Ansicht der Glosse; sie ruht auf der falschen Supposition, daß Titius im Fall des Relegats nicht die relegirte Hälfte erhalte, sondern daß Mävius mit ihm hierin concurrire; in l. 23. C. de leg. 6, 37. wird uns zwar berichtet, daß wenn dem Einen das Ganze, dem Andren ein Theil legirt war, über das Maß der Theilung unter den classischen Juristen Streit geherrscht habe; aber Justinian entscheidet, daß der zweite Legatar seinen ganzen Theil behalten solle, weil im zweiten Legat eine Modification des ersten liegt; und nichts berechtigt zu der Annahme, daß Papinian und Ulpian (von welchen l. 3. §. 2. herrührt) diese echt juristische Entscheidung Justinians mißbilligt hätten. Erhält danach Titius im Falle des Relegats die ganze

1) Vgl. Glosse partem ad eum ad h. l.

2) Ganz so Chesius in interpr. j. l. 2. cap. 14; Vangerow Pand. §. 554. führt ihn mit Unrecht als von der Glosse abweichend an. Sehr ähnlich Heinsseoth de usufr. accv. p. 45 sq., nur daß er den Titius im Falle des Relegats ein Drittel erwerben läßt; daher accrescirt ihm bei Wegfall des Mävius ein Sechstel, die Hälfte kehrt an den Proprietar zurück. Dies ist die umgekehrte Vangerowsche Ansicht; s. den nachfolgenden Text.

relegirte Hälfte, so ist damit der erstren Ansicht der Glosse ihre Basis entzogen. — Dieselben Argumente stehen der von Vangerow [1]) aufgestellten Interpretation entgegen. Zunächst will Vangerow — gegen l. 23. C. de leg. — dem Titius im Falle des Relegats nur ein Drittel des ganzen Nießbrauchs gewähren, so daß ein Sechstel seines Relegats an Mävius fällt; dieses Sechstel läßt Vangerow bei Wegfall des Mävius an den Proprietar zurückkehren; an den Titius dürfe es nicht kommen, weil er es bereits früher gehabt und das Verlorne nicht von ihm wiedererworben werden könne; wohl aber wachse ihm die noch übrige Hälfte des Mävius zu. In dieser Auslegung scheint uns zunächst unrichtig zu sein (aus den oben dargestellten Gründen), daß das Relegat auf ein Drittel beschränkt wird; dies aber einen Augenblick zugegeben, so kann doch nicht behauptet werden, daß Titius das übrige Sechstel des Relegats gehabt, verloren und bei Wegfall des Mävius nicht wiedererwerben könne; er hat es ja, wie Vangerow will, noch nie erworben, weil seine relegirte Hälfte sofort bei Eintritt des Relegats auf ein Drittel reducirt wurde! Noch weniger kann die Accrescenz der Mävischen Hälfte an Titius zugegeben werden; hinsichtlich dieser fehlt es an der Conjunction zwischen beiden. Es versteht sich, daß zu dieser Auffassung der Schlußsatz der Lex, worin Ulpian die Begründung giebt, nicht passen will; Vangerow übersetzt in mehr als freier Weise folgendermaßen: „die Entscheidung daß an Titius nicht das Ganze anwächst, sondern der Theil, den er selbst früher verloren hat, an den Proprietar fällt, ist vollkommen gegründet; denn aus demselben Grunde, aus welchem Titius gleich Anfangs, wo er seinen Nießbrauch verloren hat, durch Anwachsung nichts davon wieder erlangen kann, muß auch jetzt nach dem Wegfallen des Mävius die Möglichkeit der Anwachsung für diesen früher verlornen Theil des Nießbrauchs geleugnet werden, und man muß demnach den durchgreifenden Satz aufstellen, was der Collegatar einmal verloren hat, davon kann ihm durch Anwachsung niemals etwas zufallen, weder sogleich noch nachher, wenn der Collegatar wegfallen sollte". Es darf u. E. behauptet werden, daß diese Uebersetzung

1) Pand. §. 554. 6. Aufl. 1, 632.

nicht entfernt sich an die Worte Ulpians anschließt noch ihnen gerecht wird. —

Westphal[1]) schwankt hin und her. Zuerst meint er, daß im Falle des Relegats Titius nicht etwa seine frühere Hälfte zurückerhalte (diese accrescire vielmehr an Mävius), sondern daß er dann mit Mävius in dessen bisheriger Hälfte concurrire (!!), also ein Viertel des ganzen Usus fr. erhalte; falle er hinweg, so accrescire dem Mävius, falle letztrer hinweg, so accrescire dem Titius bloß das Viertel der früheren Mävianischen Hälfte, die andre Mävianische Hälfte komme an den Proprietar. So kommt Westphal mit der ersten Ansicht der Glosse überein, nur vermöge einer Argumentation, deren Unrichtigkeit auf der Hand liegt. Er selbst ist sowenig von ihrer Richtigkeit überzeugt, daß er die Sueriniſche Interpretation, die er referirt, als nec sic male bezeichnet, und daß er endlich noch eine Interpretation aufstellt, die seiner ersten geradezu widerspricht. Er setzt den Fall, daß dem Titius nicht die Hälfte, sondern nur ein Drittel relegirt ist; bei eintretendem Relegat erwirbt nun Titius dieses Drittel, verliert den Ueberrest (ein Sechstel) an Mävius und kann bei nachherigem Wegfall des Mävius diesen Ueberrest nicht mehr (als bereits früher verloren) wieder erwerben, wohl aber accrescirt ihm die übrige Mävianische Hälfte; diese Accrescenz sei genau genommen unjuristisch, weil ja dem Titius bloß ein Theil relegirt worden, allein der Jurist statuire sie singulärer Weise, weil ja das Accrescenzrecht wechselseitig zu sein pflege und Mävius jedenfalls gegenüber Titius das Accrescenzrecht habe. Auch diese Interpretation widerlegt sich selbst. — Endlich Suerin[2]) meint, daß Titius im Falle des Relegats seine Hälfte erhalte; falle nun Mävius hinweg, so wachse Titius nichts an, sondern die Mävianische Hälfte kehre zum Proprietar zurück. Es läßt sich nicht leugnen, daß diese Ansicht einen richtig entschiednen Fall enthält; zuvörderst muß Titius im Falle des Relegats die Hälfte erhalten; dies sagt l. 23. C. de leg. und wir müssen Papinian und Ulpian (wie oben ausgeführt) in

1) de lib. et serv. praed. §. 862. not. 760.

2) de usufr. accr. bei Otto thes. 4, 109 sqq. Glück Comm. 9, 296 ff. und Roßhirt Verm. 1, 615. sind ihm beigetreten.

Uebereinstimmung mit Justinian halten; sodann kann dem Titius bei Wegfall des Mävius nichts anwachsen, denn ihm ist nur eine Hälfte relegirt, seine Beschränkung auf die Hälfte hat im Willen des Testator, nicht im Concursus des Mävius ihren Grund, über die Hälfte hinaus kann also Titius nie etwas erwerben. Allein eine ganz andre Frage ist es, ob diese Interpretation zu den Worten von l. 3. §. 2. stimmt; hier heißt es: non totum accrescere; das interpretirt Suerin so, als wenn es non accrescere hieße; und die folgenden Worte: partem ad eum redire, sowie den ganzen Schlußsatz von quae sententia habet rationem an finden bei Suerin gar keine Erklärung; sie sind rein überflüßig.

Die bisherigen Interpretationen scheinen uns von einem Grundfehler auszugehen; sie setzen voraus, daß Papinian den Relegatsfall bereits als eingetreten annehme und daß er erörtre, welche Folgen der Wegfall des Titius und Mävius *nach* eingetretnem Relegatsfall äußre; mit keinem Worte deutet dies die Lex an, im Gegentheil weist der Schlußsatz in klarster Weise (neque enim potest dici, eo momento, quo quis amittit usumfr. et resumit, etiam ipsi quidquam ex usufr. accrescere) darauf hin, daß Papinian die Rechtsverhältnisse *bei* (nicht nach) eingetretnem Relegatsfall behandle. Giebt man dies zu, so ergiebt sich die Nothwendigkeit einer Conjectur; bei dem Text, wie er vorliegt, bleibt unerklärt:

1) wie es heißen kann: si quidem Titius amiserit, totum socio accrescere; denn wenn Titius verliert, so erwirbt er ja zufolge Relegats die Hälfte, dem Socius kann nichts accresciren;

2) wie es heißen kann: quodsi Maevius amisisset, non totum accrescere, sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire. Wer ist der unter ad eum gemeinte? dem Sinne nach: Titius, sprachlich aber kann es nur Mävius sein, da von Titius im Satze überhaupt nicht die Rede ist. Auch kann man von dem, was Titius nie gehabt hat (und der Art ist der Theil des wegfallenden Mävius) nicht die Ausdruckweise redire gebrauchen; diese setzt voraus, daß der Erwerber das Zurückkehrende bereits früher gehabt hat.

Allen diesen Unzuträglichkeiten entgeht man durch eine leichte Conjectur: man kehre Titius und Mävius um und lese:

et ait si quidem *Mävius* amiserit, totum socio accrescere;

quodsi *Titius* amisisset, non totum accrescere, sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire.

Der Sinn ist danach folgender. Fällt Mävius weg, so tritt für Titius die gewöhnliche Accrescenz ein; fällt nun hierauf Titius hinweg, so tritt der Fall des Relegats ein, d. h. Titius bekommt die relegirte Hälfte, und das Uebrige kehrt zum Proprietar zurück. Alle oben gerügten Bedenken verschwinden nunmehr; namentlich ist auch die Schlußbegründung Ulpians klar; es handelt sich um einen Fall quo quis amittit usumfr. et resumit; in einem solchen Fall darf nicht auf das frühere Rechtsverhältniß des Titius, welcher wegen Wegfall des Mävius uneingeschränkter Usufructuar war, zurückgegangen und ihm Accrescenz zugesprochen werden; aus diesem früheren Usus fructus accrescirt ihm überhaupt nichts (placet enim nobis u. s. w.); was er erwirbt, erwirbt er zufolge des Relegats. Allerdings stellen sich nunmehr die Worte non totum accrescere als gleichbedeutend mit non accrescere dar; allein unsre Argumentation liefert die Berechtigung zu dieser Auslegung; im Schlußsatz erklärt Ulpian ausdrücklich, es trete im Falle des Relegats kein Accrescenzrecht in Kraft. — — —

Besondre Schwierigkeiten in der Accrescenz entstehen dann, wenn mit dem Usufruktuar der Eigenthümer concurrirt.

Zunächst ist der Grundsatz des R. R. hervorzuheben, daß, wenn dem Einen die Proprietät, dem Andren der Usus fructus vermacht ist, beide Legatare im Usus fruct concurriren [1]). Dieser Grundsatz ruht offenbar auf der Erwägung, daß die Fruchtziehung Ausfluß des Eigenthums ist, und deshalb so lange daran gebunden ist, als sie nicht von demselben genommen ist [2]). So wenig wenn der Testator dem Einen das Eigenthum, dem Andren das Pfandrecht an einer Sache legirt, dem Proprietätslegatar das Verfügungsrecht über die Sache entzogen ist, so wenig ist es in dem vorerwähnten Falle das Nutzungsrecht. Dabei ist die Zahl der Legatare der einen

1) l. 6. pr. de usufr. ear. rer. 7, 5. l. 19. de us. et usufr. leg. 33, 2. Anders, wenn gesagt ist: Titio fundum detracto usufr. lego; s. l. 19 cit.

2) Vgl. Schneider Accrescenzrecht S. 297 f.

oder andren Art ohne Einfluß; der oder die Eigenthumslegatare erhalten die eine Hälfte, der oder die Usufructuare die andre[1]).

Dies vorausgeschickt: so besteht die Schwierigkeit, wie man den Proprietätslegatar an der Accrescenz Theil nehmen lassen soll. Als Proprietar darf er zwar Früchte ziehen, aber er zieht sie als Proprietar, nicht als Usufructuar; wenn demnach ein Usufructuar wegfällt, so könnte höchstens von einem redire usumfructum ad proprietatem, nicht von einer Accrescenz die Rede sein. Ebenso dürften bei jenem Proprietar die eigenthümlichen Untergangsgründe des Ususfructus nicht Platz greifen, den Usufructuaren also auch, wenn jener nicht gebraucht u. s. w., nicht accresciren. So ist es auch nach Civilrecht, erst der Prätor behandelt jenen Proprietar rein als Usufructuar, — offenbar aus Gründen der Billigkeit:

> fr. Vat. §. 83: ..nam et si duobus usufructus legetur, et apud alterum sit consolidatus, jus accrescendi non perit: nec ei apud quem consolidatus est neque ab eo, et ipse quibus modis amitteret, ante consolidationem, *iisdem nunc ipso quidem jure non amittet, sed praetor subsecutus exemplum juris civilis, utilem actionem dabit usufructuario,* et ita Neratio et Aristoni videtur, et Pomponius probat. Quamquam Julianus scribat. ipsi quidem jus accrescendi... (hier ist eine Lücke, die Bethmann-Hollweg so ausfüllt: competere, non vero fructuario ab eo).

Soviel steht in diesem Fragment, daß der Eigenthümer den eigenthümlichen Untergangsgründen des Ususfructus nicht unterliegt; consequent folgt hieraus, daß er auch das Accrescenzrecht nicht hat, sondern nur das redire usumfr. ad proprietatem[2]). Zwar war Julian für das erstre, und nicht für das letztre; indeß scheint schon Julian eine fortgeschrittnere Ansicht zu lehren, welche später noch weiter dahin entwickelt wurde, daß der Proprietar wie ein Usufructuar

---

1) l. 9. de usufr. accr. 7, 2. Anders wenn der Proprietätslegatar zugleich zum Usufructuslegatar gemacht ist; dann hat der Testator über den Ususfructus, soweit er dem Proprietar zustehen soll, eine ausdrückliche Verfügung getroffen, dahin gehend, daß er den übrigen Ususfructuslegataren gleichstehen soll; daher entstehen gleiche Theile, l. 4. de usufr. accr. 7, 2.

2) A. M. Schneider Accrescenzr. S. 303.

zu behandeln sei. Daher lehrt sogar Ulpian [1]), daß, wenn Ein Proprietar mit Einem Usufructuar concurrirt und letztrer wegfällt, der erstre das volle Fruchtziehungsrecht mehr nach Accrescenzrecht als nach dem Recht der Rückkehr erwirbt. Und wenn es bei Paulus heißt:

> l. 26. §. 1. de usu et usufr. leg. 33, 2: Si fundus duobus, alii ususfr. legatus est, non trientes in usufr. sed semisses constituuntur; idemque est ex contrario, si duo sint fructuarii et alii proprietas legata est; *et inter eos tantum jus accrescendi est,*

so legen wir den Schlußsatz mit Schneider [2]) und Roßhirt [3]) dahin aus, daß zwar zunächst den Usufructuaren untereinander, sodann aber dem Proprietar accrescirt. —

Zum Schluß mögen noch zwei verwandte Fragen ihre Beantwortung finden.

1) Warum findet bloß bei einem vermachten Ususfructus Accrescenz Statt, warum nicht auch bei einem unter Lebenden bestellten? Daß dem so ist, darf nicht bezweifelt werden und namentlich erklärt sich daraus folgendes Fragment:

> fr. Vat. 85: ... proinde si rei alienae ususfructus legetur, et ex Neroniano confirmetur legatum, sine dubio dicendum est jus accrescendi cessare, si modo post constitutum usumfructum socius amittat; quodsi antea socius amittat, erit danda totius petitio.

Heimsoeth [4]) hat diese Bestimmung als reinen Billigkeitssatz erklärt; das ist offenbar unhaltbar. Schneider [5]) erklärt sie aus dem Wesen der Fiction; „die Fiction als eine bloße Vermittlung des Resultates der Rechtsbildung tritt nicht eher ein, und vermag daher auch ihren Einfluß nicht früher auszuüben, als bis dasjenige, was durch sie juristisch vermittelt erscheint, schon verwirklicht worden ist". Allein die Fiction, daß per damnationem legirt sei, muß ja schon vor

---

1) Vat. fr. 83. l. 3. §. 2. de usufr. accr. 7, 2.
2) Accrescenzr. S. 303.
3) Vermächtnisse 1, 622. Anders Heimsoeth de usufr. accr. p. 44.
4) De usufr. accr. p. 33.
5) Accrescenzr. S. 307.

Constituirung des Ususfructus wirksam sein; sonst würde ja das Legat überhaupt nicht aufrechterhalten werden! Der Grund der in fr. Vat. 85. enthaltnen Bestimmung ist vielmehr darin zu suchen, daß bei einem inter vivos constituirten Ususfructus kein Accrescenzrecht gilt. Der ausgesetzte ususfr. rei alienae wird zwar als Damnationslegat aufrechterhalten, doch aber wie ein Vindicationslegat behandelt[1]; daraus scheint zu folgen, daß, wenn ein Collegatar wegfällt, das Accrescenzrecht durchaus gelten muß; wenn dies nun trotzdem nur insofern gilt, als der Collegatar vor der Bestellung wegfällt, und es entgegengesetzten Falles zu keiner Accrescenz kommt, so kann der Grund nur darin liegen, daß wir es nicht mit einem durch Legat, sondern durch einen Act des Erben (inter vivos) bestellten Ususfructus zu thun haben. Das wird noch klarer, wenn man die folgenden Worte in Rücksicht zieht:

> An tamen in Neroniano, quoniam exemplum vindicationis sequimur, debeat dici, utilem actionem, amisso usufructu ab altero, alteri dandam, quaeri potest; et puto secundum Neratium, admittendum.

Das heißt: Der Jurist statuirt das soeben geleugnete Accrescenzrecht materiell auf einem andren Wege; er giebt nach Wegfall des einen Collegatars dem andren die utilis actio auf den weggefallnen Theil »quoniam exemplum vindicationis sequimur«[2]. Man sieht, daß er fortdauernd das materielle Recht des Vindicationslegats zur Anwendung bringt; wenn er trotzdem das Accrescenzrecht (formell) verweigert, so kann doch dies nicht in der Fehlerhaftigkeit der Errichtung des Legats seinen Grund haben, sondern nur in dem einzigen Unterschiede zwischen diesem Legat und einem wahren Vindicationslegat; dieser aber besteht darin, daß beim Vindicationslegat der Erblasser, bei dem vorliegenden der Erbe den Ususfructus errichtet, daß dort eine Errichtung mortis causa, hier inter vivos vorliegt. — Dies vorausgeschickt, so ist nunmehr die aufgeworfne Frage zu beantworten, aus welchem Grunde die Accrescenz bei dem

---

1) Daher heißt es im weitren Fortgang der Stelle: „an tamen in Neroniano quoniam exemplum vindicationis sequimur . . .“.

2) Schneider a. a. O. hat diesen Theil des Fragments ganz übersehen.

inter vivos bestellten Ususfructus nicht gilt? Es scheint uns nothwendig, die einzelnen Acte, wodurch der Ususfructus errichtet wird, zu unterscheiden.

Zunächst die Adjudication. Theoretisch scheint es uns durchaus möglich, daß der Richter von drei Miteigenthümern dem einen die Proprietät, den beiden andren den Ususfructus in solidum adjudicirt. Allein was theoretisch möglich ist, ist darum noch nicht practisch gut. Jene Miteigenthümer wollen sich auseinandersetzen, und dem gegenüber sollte der Theilungsrichter eine neue Gemeinschaft schaffen? Das wird er vielmehr ebensowenig thun, als er die Gemeinschaft durch Bestellung von Emphyteuse und Superficies (zu welcher er theoretisch durchaus befugt ist) wird auflösen wollen.

Sodann die In jure Cessio und Deductio. Diesen Arten ist eigenthümlich, daß sie in einer Handlung des Erwerbers bestehen, während der Besteller des Ususfructus sich passiv verhält. Hat nun der eine Erwerber den Ususfructus in solidum für sich vindicirt (bei der in jure cessio) oder deducirt, so ist der Ususfructus für ihn ganz entstanden, und kein Andrer kann ihn nunmehr erwerben. Möglich wäre der Ususfructus in solidum für Mehrere nur dann, wenn sie ihn gleichzeitig vindiciren resp. deducirten; allein ein solches Verfahren ist aus den oben Abschn. 2. §. 6. S. 126. erörterten Gründen unzulässig. Daraus ergiebt sich aber für das heutige Recht eine wichtige practische Folge. Heutzutage entsteht der Ususfructus durch bloßen Vertrag; ein Aussprechen von Wortformeln ist nicht nothwendig; eine Undeutlichkeit und Unklarheit der Rechtsverhältnisse ist nicht zu befürchten; heutzutage kann deshalb u. E. ein Ususfructus sehr wohl an Mehrere in solidum inter vivos bestellt werden[1]); die Usufructuare theilen sich also, so lange sie beide leben, in die Früchte, nach dem Tode des Einen tritt das Accrescenzrecht ein.

Endlich die Ersitzung. Nehmen wir den Fall, daß Jemand an Mehrere den Ususfructus an einer fremden Sache per vindic. legirt, so ersitzen sie denselben unzweifelhaft in der Weise, daß das

1) Man denke an das Ähnliche, freilich dem Obligationenrecht angehörige Verhältniß der Tontinen

Accrescenzrecht, wenn ein Usufructuar nach gemachtem Erwerbe wegfällt, unter ihnen stattfindet; der Billigkeit ist diese Entscheidung gewiß gemäß, und theoretisch steht ihr nur entgegen, daß man bisher keinen Gesammtbesitz (— wohl zu unterscheiden von den in den Quellen erwähnten Fällen der poss. duor. in sol. —) angenommen hat. Allein giebt es ein Gesammtrechtsverhältniß, so muß man auch einen Gesammtbesitz zulassen; hier begegnen wir dem ersten Falle desselben. — Ist hingegen der Ususfructus inter vivos bestellt worden, so führen die so eben bei der in jure cessio und deductio vorgebrachten Gründe dahin, für das R. R. die Accrescenz zu verwerfen, für das heutige Recht sie zu statuiren. — Endlich könnte man noch fragen, wie es sich verhalte, wenn Mehrere ohne Titel und guten Glauben den Ususfructus ausüben? Allein wir sind der Ansicht, daß, wenngleich die Ersitzung der Prädialservituten keinen Titel und guten Glauben (nach Röm. Recht) verlangt, beim Ususfructus das Gegentheil stattfindet; nur bei Prädialservituten sehen die Quellen von jenen Erfordernissen ab, und eine Uebertragung dieses Rechtszustandes auf den Ususfructus ist bei dessen grundverschiedner Natur unzulässig.

Dies sind die Gründe, welche die Accrescenz bei einem inter vivos bestellten Ususfructus nach R. R. ausschließen. Wenn die Quellen davon schweigen, so hat dies nach obiger Ausführung nicht darin seinen Grund, daß der Ususfructus regelmäßig aus letztwilligen Verfügungen stammt, und die Theorie des Ususfructus wesentlich auf den Fall der testamentarischen Hinterlassung berechnet ist. Vielmehr ist aus practischen oder formellen Gründen die Accrescenz bei dem unter Lebenden bestellten Nießbrauch der Regel nach unmöglich gewesen, heutzutage aber, wie angeführt, zum Theil statthaft.

2) Die zweite Frage läßt sich dahin fassen: findet das Accrescenzrecht nur beim Ususfructus oder auch bei andren Servituten Statt? Die l. 16. qu. m. s. am. 8, 6. verneint dies schlechthin:

> Aquam quae oriebatur in fundo vicini plures per eundem rivum jure ducere soliti sunt, ita ut suo quisque die a capite duceret, primo per eundem rivum eumque communem, deinde, ut quisque inferior erat, suo quisque proprio

rivo, et unus statuto tempore quo servitus amittitur non duxit . . .; si quis eorum, quibus aquaductus servitus debebatur, et per eundem rivum aquam ducebant, jus aquae ducendae non ducendo eam amisit, *nihil juris eo nomine ceteris qui rivo utebantur accrevit*, idque commodum ejus est, per cujus fundum id iter aquae (est), quod non utendo pro parte unius amissum est; libertate enim hujus partis servitutis fruitur.

Ein Eigenthümer hat den Eigenthümern verschiedner Grundstücke eine Wassergerechtigkeit bestellt, mit dem Modus, dieselbe an bestimmten Tagen auszuführen (daher ita ut suo quisque die a capite duceret)[1]; verliert der Eine seine Servitut durch Nonusus, so accrescirt den Andren nichts, sondern es kommt dies dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks zu Gute. — Trotzdem wird die Accrescenz bei allen Servituten von vielen Schriftstellern gelehrt. Schon die Glosse[2] bekannte sich dazu unter Berufung auf die allgemeine Bestimmung der l. un. §. 11. C. de cad. toll.; die entgegenstehende l. 16 cit. erklärte Azo damit, daß es sich hier nicht um eine durch Legat erworbne Servitut, sondern um praescriptio libertatis handle; Andre wiesen darauf, daß die Accrescenz nur vor, nicht nach dem Erwerbe eintrete. Unter den Neueren lehren Griesinger und Vangerow[3] die Accrescenz wenigstens beim Usus, aber aus Argumenten, welche auf alle Servituten anwendbar sind. Sie meinen, daß, wenn die Sache für mehrere Usuare zureiche, keine Concurrenz und also beim Wegfall des einen keine Accrescenz Platz greife; anders hingegen sei es, wenn die Sache nicht zureiche; die

1) Die Regulirung nach Tagen ist also keineswegs durch utile comm. div. judicium unter den Wasserberechtigten festgestellt worden; die Ler gedenkt eines solchen nicht, und es würde auch, wenn ein solches ergangen wäre, die Entscheidung des Juristen nicht zu halten sein; denn dann konnten nach Wegfall eines Wasserberechtigten die übrigen eine neue Regulirung vornehmen; sie sind dazu dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks gegenüber wohlbefugt, weil dieser aus der bisherigen Regulirung, als einer res inter alios acta, keinen Vortheil ziehen darf.

2) Glosse jus aquae zu l. 16 cit.

3) Griesinger „Beweis, daß das A. R. bei dem usus stattfinden könne"; Vangerow Pand. §. 554. Anm. 2.

Untheilbarkeit stehe der Accrescenz nicht entgegen. — Diese Ausführungen sind u. E. unhaltbar. Zuvörderst ist der von Azo gemachte Unterschied ungegründet; die praescriptio libertatis wird eben, wenn Accrescenz überhaupt stattfindet, durch das Accrescenzrecht ausgeschlossen. Sodann ist der Einwand, daß Accrescenz nur vor, nicht nach dem Erwerbe stattfinde, nur bei Eigenthumslegaten richtig, hier deshalb, weil das Eigenthum ein theilbares Recht ist; wo es an Theilbarkeit fehlt, wie beim Ususfructus, findet die Accrescenz auch nach dem Erwerbe Statt. Endlich, was Vangerow betrifft, so leidet seine Ansicht an einer u. E. unrichtigen Auffassung der Accrescenz. Accresciren kann nur demjenigen, welcher ein Recht von genau bestimmtem Inhalt hat; das ist bei allen Servitutberechtigten (außer den Usufructuaren) zu leugnen; ihr Anrecht bestimmt sich nach ihrem Bedürfniß, setzt voraus, daß sie ein Bedürfniß haben; fällt demnach einer weg, so bleibt der andre immer genöthigt, die Servitut nach Maßgabe seines Bedürfnisses auszuüben. Damit soll nicht geleugnet werden, daß, wenn die Sache für die mehreren Servitutberechtigten nicht zureicht, und der eine wegfällt, die übrig bleibenden dadurch einen Vortheil erlangen; aber dieser Vortheil ist nicht aus dem Accrescenzrecht herzuleiten, und fällt nicht unter dessen Regeln, z. B. nicht unter die Regel, daß homini non portioni accrescit, daß ex eo quod quis amisit nihil accrescere possit[1]) u. s. w. Und ferner: wenn die Servitut der Art errichtet ist, daß, weil die Sache nicht zureicht, jeder Servitutberechtigte nur an bestimmten Tagen, zu einem bestimmten Maße ausgeübt werden soll, so lucrirt, wenn der eine wegfällt, der übrigbleibende nichts; das ist der Fall der l. 16 cit., und darin zeigt sich wiederum, daß wir es nicht mit einem Accrescenzrecht zu thun haben, welches bekanntlich vom Willen des Testator unabhängig ist und ebensowenig in den Willen contrahirender lebender Parteien gestellt werden darf.

1) Gerade dies scheint Vangerow a. a. O. am Ende der Anm. 2. behaupten zu wollen.

Fünfter Abſchnitt.

Das Geſammtpfandrecht.

§. 14.

Den neueren Beſtrebungen, welche dahin gerichtet waren, die Grundverſchiedenheit von Servitut und Pfand zu entwickeln, ſind in neueſter Zeit andre entgegengetreten, welche die Aehnlichkeit ihrer juriſtiſchen Structur aufwieſen. In der That läßt ſich der letztre Geſichtspunkt nicht ablehnen, vorausgeſetzt nur, daß man feſthält, daß die Servitut die natürliche, das Pfandrecht die öconomiſche Seite der Sache ergreift [1]).

Wichtiger als die Aehnlichkeit zwiſchen Servitut und Pfand im Allgemeinen iſt für uns die zwiſchen Pfand und Uſusfruct insbeſondre. Bekanntlich lieben es die Römiſchen Juriſten, beide Rechtsverhältniſſe nebeneinanderzuſtellen, und die bei dem einen geltenden Regeln auf das andre zu übertragen [2]). Und in der That weicht der Uſusfructus von den übrigen Servituten ebenſoſehr ab, als er ſich dem Pfandrecht nähert. Der Uſusfructus iſt die einzige Servitut, für welche nicht das Bedürfniß des Berechtigten maßgebend iſt, er erſtreckt ſich vielmehr auf die Früchte ſchlechthin; ebenſo aber erſtreckt ſich das Pfandrecht auf den Werth der ganzen ihm unter-

1) Vgl. oben S. 62. 63.

2) Dernburg Pfandr. §. 15; vgl. namentlich l. 30. de nox. act. 9. 4. und l. 44. §. 5. de usurp. 41, 3.

worfnen Sache. Dieser Umstand[1]) erzeugt viele Differenzen zwischen dem Ususfructus und den übrigen Servituten, macht ihn der Ausübung nach übertragbar, macht ihn theilbar (in dem Sinne, in welchem wir die Theilbarkeit dargestellt haben). Aber er nähert ihn ebenso dem Pfandrecht: Pfandrecht und Ususfructus sind dingliche Rechte, welche von vornherein einen genau bestimmten Inhalt haben, und zwar in der Weise, daß sie das ganze ihnen unterworfene Object ergreifen.

Weil dem so ist, so scheint es auf den ersten Blick auffallend, daß ein vom Ususfructus geltender Rechtssatz nicht beim Pfandrecht wiedergefunden wird. Es gilt die Regel: zwei Usufructus in solidum giebt es nicht, weder nebeneinander noch hintereinander; auch der Fall unsres Gesammtususfructus enthält nicht zwei (an sich gesonderte) Ususfructus, sondern eben nur Einen Gesammtususfructus mit zwei Sonderususfructus, die sich übrigens, solange sie bestehen, in der Weise beschränken, daß Jeder Usufructuar nur pro parte Früchte ziehen kann. Ganz entgegengesetzt giebt es zwei Pfandrechte in solidum, nicht bloß hintereinander (hier läßt sich das zweite Pfandrecht als bloß eventuelles auffassen), sondern auch nebeneinander[2]). Bei beiden Pfandrechten hat jeder Pfandgläubiger alle Rechte gegenüber Dritten, untereinander aber resp. im Verhältniß zu denjenigen Personen, welche das Pfand von ihnen gekauft haben, entscheidet bei den mehreren Pfandrechten hintereinander die Priorität, bei denjenigen nebeneinander der Besitz. Dadurch sind practisch Grundsätze für Schlichtung aller Streitverhältnisse gegeben; theoretisch aber scheint unerklärlich zu bleiben, wie mehrere Pfandrechte in solidum an derselben Sache existiren können.

---

1) Von einem andren Gegensatz zwischen Ususfructus und Servitut müssen wir hier absehen; der Ususfructus nämlich gehört naturgemäß zum Eigenthum, seine Lostrennung darf daher nur eine vorübergehende sein; wenn Jemandem der Ususfructus legirt ist, so concurrirt dennoch mit ihm der Eigenthümer, ebenso haftet der Verkäufer für Eviction des Ususfructus; die Servitut hingegen ist eine durch die Wirthschaftsverhältnisse hervorgerufene Nothwendigkeit, sie dauert ewig, der Verkäufer und Erbe haften nicht dafür. Das Pfandrecht ist, wie der Ususfructus, vorübergehend und der Verkäufer haftet dafür, ebenso der Erbe für die Befreiung einer legirten verpfändeten Sache.

2) l. 10. l. 16. §. 8. de pign. 20 1.

Man hat dies damit erklären wollen [1]), daß man behauptet hat, der Ususfructus sei ein aus dem Eigenthum abgelöstes Stück; sei er bestellt, so könne kein neuer bestellt werden; das Pfandrecht sei nicht aus dem Eigenthum abgelöst, der Eigenthümer behalte die Veräußerungsbefugniß, dürfe also selbst neue Pfandrechte in solidum bestellen [2]).

Jene Auffassung, der Ususfructus enthalte eine Ablösung aus dem Eigenthum, ist sicherlich unrichtig [3]); zudem beweist sie für die vorliegende Frage nichts; sie verschiebt vielmehr den richtigen Gesichtspunkt. Denn es folgt aus ihr höchstens, weshalb mehrere Pfandrechte in solidum hintereinander bestellt werden können, nicht aber begreift man durch sie, weshalb sie es auch nebeneinander können, während mehrere Ususfructus in solidum nebeneinander unmöglich sind.

Die Rechtfertigung jener Verschiedenheit zwischen Ususfructus und Pfand ist wo anders zu suchen. Bei dem Ususfructus handelt es sich um Schaffung eines neuen Rechts, welches vorher nicht existirte: neue Früchte, bisher nicht existirend, also auch in Niemandes Eigenthum, werden vom Usufructuar erworben; dies gilt selbst von civilen Früchten, indem diese zwar aus fremdem Eigenthum stammen, aber doch in diesem noch nicht als Früchte existirt haben, hiezu vielmehr erst im Augenblick der Zahlung gestempelt werden. Sind diese Früchte erworben, so ist es mit dem Fruchtziehen zu Ende, es fehlt am ferneren Object; zwei Ususfructus Mehrerer in solidum sind also unmöglich, weil nicht Jeder in solidum Früchte ziehen kann. Bei dem Pfandrecht dagegen handelt es sich nicht um Schaffung eines neuen Rechts, sondern um die

1) Eine andre Auffassung, die Brinkmann (Verh. der act. comm. div. und neg. gest. S. 132. N. 1) aufstellt, wird kaum einen Anhänger finden. Er meint: „wegen des vorübergehenden Zwecks des Pfandrechts giebt es ein pignus plurium in solidum". Allein wenn auch das Pfandrecht vorübergehend ist (übrigens ist es der Ususfructus nicht minder), so ist doch, so lange es besteht, die Parallele mit Eigenthum, Besitz, Emphyteuse, Superficies, Ususfructus nicht abzulehnen.

2) Büchel Erörtr. Bd. 2. S. 265 f. (im Anhang zu den Streitfragen aus Nov. 118).

3) Dernburg Pfandr. §. 14.

eines neuen Rechtssubjects; im Eigenthum ist die verpfändete Sache schon vor der Veräußerung durch den Pfandgläubiger, durch diese Veräußerung erhält sie bloß einen neuen Eigenthümer; m. a. W. das Pfandrecht führt bloß zu einem Wechsel des Eigenthümers; ein solcher Wechsel aber ist unzählig oft möglich; auch wenn der eine Pfandgläubiger verkauft hat, kann der Verkauf noch von andren vorgenommen werden. Es ist eine andre Frage, ob der Verkauf des einen Pfandgläubigers den gehörigen Effect hat, ob der Käufer gegen Ansprüche bessrer Pfandgläubiger gesichert ist; jedenfalls ist der Verkauf an sich möglich, und wirkt gegenüber dem Verpfänder und dritten Personen.

Beschäftigen wir uns noch näher mit den mehreren gleichzeitigen Pfandrechten in solidum. Sie entstehen nur ausnahmsweise. Wird Mehreren zugleich ein Pfand bestellt, so entstehen der Regel nach Theilpfänder; nur wenn die Abrede ausdrücklich darauf geht, daß Jeder in solidum Gläubiger werden solle, entstehen mehrere solidarische Pfänder[1]); ebenso natürlich, wenn von Mehreren Jedem besonders, aber am selben Tage ein Pfand bestellt wird[2]), weil nach civiler Zeitrechnung der Tag die geringste Zeiteinheit ist. Dritten Personen gegenüber hat Jeder die hypothekarische Klage unbeschränkt; für das Verhältniß untereinander ist der Besitz maßgebend; der Besitzer hat die Einrede: si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori sit. Wie aber, wenn der eine veräußert hat? Sicherlich hat hier der Käufer eine ähnliche Einrede, einmal weil er so gut wie sein Auctor stehen muß, sodann weil die Sache sonst ewig im Streite bliebe, indem jeder Pfandgläubiger sie dem Abkäufer des Andren ablangen könnte. Allein diese Einrede beweist doch, daß das Pfandrecht des nichtveräußernden Pfandgläubigers ipso jure fortbesteht. Es liegt demnach in der gleichzeitigen Bestellung eines solidarischen Pfandes an Mehrere ein gewagtes Geschäft; es risquirt Jeder die gänzliche Wirkungslosigkeit seines Pfandes, indem er andrerseits die Hoffnung erwirbt, es an der ganzen Sache geltend machen zu können; wäre diese aleatorische

1) l. 10. l. 16. §. 8. de pign. 20, 1.
2) l. 16. §. 8 cit.

Absicht nicht vorhanden gewesen, so wäre es nach der Regel gegangen, d. h. es würden Theilpfänder entstanden sein. —

Bisher haben wir uns mit solchen solidarischen Pfändern beschäftigt, welche von Anfang an vorhanden waren. Es giebt aber auch einen Fall, in welchem ein Pfand sich im Verlaufe seiner Dauer in mehrere Solidarpfänder umwandelt; er tritt dann ein, wenn der Pfandgläubiger unter Hinterlassung mehrerer Erben stirbt. Brinkmann [1]) hat für diesen Fall die Behauptung aufgestellt, daß Ein Pfandrecht fortbestehe; consequenterweise müßte er, wenn er diesen Begriff überhaupt gekannt hätte, ein Gesammtrechtsverhältniß statuiren. Allein: wir können ihm hierin nicht beitreten. — Zuvörderst ist die Umwandlung Eines Pfandrechts in mehrere Solidarpfänder nicht vom theoretischen Standpunkte aus verwerflich; wie sich die Obligation eines Gläubigers auf einen untheilbaren Gegenstand in mehrere Solidarobligationen verwandelt, wenn er unter Hinterlassung mehrerer Erben stirbt, so verwandelt sich das Pfandrecht im ähnlichen Falle in mehrere Solidarpfänder. Man möchte vielleicht dieses Argument nicht für beweisend erklären; man wird einwenden, daß das Pfandrecht ein theilbares Recht sei [2]); daß es an einer pars pro indiviso stattfinden, pro parte aufgehoben werden könne u. s. w.; wenn nun dennoch jeder Erbe das ganze Pfand verkaufen könne [3]), so sei dies nur dadurch zu erklären, daß das Pfand ein einiges bleibe, d. h. ein Gesammtpfand werde und (wie gewöhnlich) mehrere Specialpfänder in solidum für die einzelnen Erben erzeuge. Allein darin liegt ein Trugschluß. Zwar

1) Verh. der act. comm. div. und act. neg. gest. S. 133. N. 1.

2) Dies wird jetzt seit Wächters Ausführung (Arch. f. civ. Pr. 27, 188 ff.) nicht mehr bezweifelt. Zwar heißt es in l. 65. dn evict. 21, 2, daß pignoris causa indivisa sei, aber indivisus bedeutet nicht soviel als individuus; jene Worte haben vielmehr bekanntlich den Sinn, daß das Pfand auch nach Rückzahlung eines Theils, dennoch für den Ueberrest ganz haftet. — Auch ist ein guter Grund für die Theilbarkeit des Pfandrechts vorhanden; da nämlich dasselbe nur die ökonomische Seite (den Werth) der Sache ergreift, und der gedachte Theil sehr wohl einen Werth hat, so muß das Pfandrecht auch an einem gedachten Theile möglich sein.

3) Hierüber vgl. l. 11. §. 4. de pign. act. 13, 7. l. 1. l. 2. C. si unus ex plur. 8, 32.

ist gewöhnlich, was theilbar ist, auch getheilt (z. B. Eigenthum, Obligationen); allein beim Pfande gilt diese Regel nicht (pignoris causa est indivisa), einmal weil zwei Pfänder neben einander in solidum denkbar sind, die Theilung also bei der Concurrenz Mehrerer nicht juristisch nothwendig ist, und sodann weil das ganze Pfand für jeden Pfennig der Schuld haftet, die Theilung also geradezu ausgeschlossen ist. Somit ist jedenfalls bewiesen, daß wir zu der Annahme, es sei ein Gesammtpfand nebst Sonderpfändern vorhanden, durch jene Argumentation nicht gezwungen werden. Noch aber ist nicht erwiesen, daß wir zu der Annahme, es seien mehrere Solidarpfänder vorhanden, berechtigt sind. Wenn wir jetzt die oben aufgestellte Parallele mit der untheilbaren Obligation, die beim Erbgang sich in mehrere Solidarobligationen verwandelt, wiederholen, so wird dies Argument nicht mehr abgewiesen werden dürfen, weil gezeigt ist, daß das Pfandrecht, wenn auch theilbar, dennoch ungetheilt bleibt. Dazu tritt aber ein andrer Grund. Durch den Erbgang verwandelt sich die Obligation des Pfandgläubigers in mehrere: in mehrere proraratische wenn sie theilbar ist, in mehrere solidarische wenn sie untheilbar ist. Wie nun ist es möglich, daß, wo mehrere verschiedne Forderungen vorhanden sind, dennoch Ein Gesammtpfand existire, mit Bezug auf welches jene verschiedne Forderungen als Eine gelten?

Diese Auffassung des Rechtsverhältnisses mehrerer Erben des Pfandgläubigers äußert ihre practische Folgen. Sind sie nämlich Inhaber von gleichzeitigen Solidarpfändern, so folgt daraus, daß Jeder sein Pfandrecht unabhängig vom Andren geltend machen darf, und daß wenn er dies gethan, und der etwaige Ueberrest des Pfandes für die Mitgläubiger nicht ausreicht, er diesen nichts von den ihm gewordnen Erlös herauszugeben braucht. Gerade das Gegentheil behauptet Arndts unter Zustimmung von Ubbelohde[1]). Die Quellen schweigen hierüber; allein die Richtigkeit unsrer Ansicht ergiebt sich aus folgender Erwägung. Hätte der Erblasser selbst einen Theil

1) Arndts Pand. §. 383. Ubbelohde Lehre von den untheilb. Obll. S. 17. Aus l. 29. fam. erc. 10, 2. ersieht man übrigens, daß die Erben, um das Gewagte ihrer Solidarpfänder (s. oben S. 199 f.) aufzuheben, ihr Pfandrecht an einen Miterben durch Steigerung überließen.

des Pfandes veräußert und auf einen bestimmten Theil der Schuld z. B. die Zinsen und Kosten angerechnet, so würde er, wenn er bei spätrem Verkauf des Ueberrestes nicht den ganzen Betrag der Restschuld erzielte, doch nicht gezwungen sein, den ersten Erlös hinterher auf die ganze Pfandschuld zu vertheilen, so daß er zum Theil an den Zinsen und Kosten, zum Theil an der Hauptschuld Abbruch erlitte. Ebensowenig kann ein Erbe, der seinen Antheil an der Forderung durch Veräußerung des Pfandes empfangen, gezwungen werden, diesen Erlös auf die Antheile der Miterben zu vertheilen. Dies gilt, mag die Forderung des Erblassers sich in mehrere proratarische oder in mehrere solidarische umgewandelt haben; denn auch in letztrem Falle enthält der veräußernde Erbe immer nur eine Geldsumme; von dieser aber darf er sich nicht den ganzen Werth des versprochnen untheilbaren Gegenstandes, sondern sein Interesse aneignen.

Dieselben Verhältnisse treten ein, wenn der Pfandschuldner unter Hinterlassung mehrerer Erben stirbt. Auch hier entstehen mehrere proratarische oder solidarische Schulden; das Pfandrecht muß demnach eine analoge Umänderung erfahren: es verwandelt sich in mehrere Solidarpfänder. Wenn demnach der eine Schuldner seinen Antheil an der Schuld getilgt hat, so bleiben dennoch wegen der Restschulden die Solidarpfänder bestehen [1]).

Daß nun duo pignora in solidum kein Gesammtrechtsverhältniß enthalten, bedarf nach den Erörterungen des Abschn. 2. §. 5. S. 121. (Gesammtbesitz) keiner Ausführung, die beiden solidarischen Pfandgläubiger sind nie zu einer Einheit zusammengefaßt worden, sie haben von Anfang an ihr Pfandrecht selbständig erworben; ihre Pfandrechte sind von Anfang an verschiedne, durch kein gemeinsames Band zusammengehaltne. Nunmehr aber wenden wir uns zu einem wahren Falle des Gesammtpfandrechts, müssen aber von vornherein bemerken, daß die Quellen seiner nicht gedenken. Er tritt ein bei dem für eine Correalobligation bestellten Pfande. Wir werden in dem dieser Obligation gewidmeten Abschnitt ausführen, daß dieselbe die obligatorische Gestalt des Gesammtrechtsverhältnisses ist: es

1) l. 8. §. 2. de pign. 13, 7. l. 25 §. 14. fam. erc. 10, 2. l. 65. de ev. 21, 2. l. 1. C. de luit. pign. 8, 31. l. 16. C. de distr. pign. 8, 27.

besteht Eine Gesammtobligatio, bei welcher die Correi als Einheit zusammentreten, neben ihr mehrere Sonderobligationen (duae species obligationis, wie es wiederholentlich und sehr treffend in den Quellen heißt), welche der Reflex und die Rückwirkung der Gesammtobligatio auf die selbständigen Persönlichkeiten der einzelnen Correi sind. Wird nun für eine Correalobligation ein Pfand bestellt, so entsteht naturgemäß ein Gesammtpfand für die Gesammtobligation und Sonderpfänder für die Sonderobligationen. Doch muß bemerkt werden, daß die Absicht des Pfandbestellers darauf gerichtet sein muß; denn sowie es dem Correalschuldner freisteht, nur für seine Obligation, resp. nur Einem Correalgläubiger einen Bürgen zu bestellen [1]), so muß das Gleiche für das Pfand gelten. Wer aber nun etwa einwenden wollte, daß hiernach das Gesammtpfand kein practisches Bedürfniß befriedige (denn es könne ja ein Correalschuldner für seine eigne Sonderobligation und die seiner Genossen das Pfand bestellen, eine Bestellung des Pfandes für die Gesammtobligation werde dadurch überflüßig), so können wir die Entgegnung nicht für stichhaltig anerkennen. Zum Zweck der Widerlegung ist es nöthig, die passive und active Correalobligation zu scheiden.

Was die passive anbetrifft, so ist zwar im Allgemeinen zuzugeben, daß in der Regel durch Bestellung eines Pfandes für die einzelnen Sonderobligationen diejenige für die Gesammtobligation überflüßig wird; dennoch giebt es einen Fall, in welchem das Gegentheil gilt. Nach der richtigen (wenn auch bestrittenen) Ansicht nämlich kann auch nach abgeschloßner Correalobligation noch ein neuer Correalschuldner zur Obligation hinzutreten [2]); ist nun inmittels ein Pfand für die Gesammtobligation bestellt worden, so bezieht sich dieses auch auf die Sonderobligation des hinzugetretnen Correus.

Bei der activen Correalobligation ist es in der Regel richtig, daß durch Bestellung des Pfandes für die einzelnen Sonderobligationen das Pfand für die Gesammtobligation überflüßig wird; denn es kann nicht, wie bei der passiven Correalobligation, ein neuer Gläubiger nach abgeschloßner Obligation zu derselben hinzutreten [3]).

1) l. 6. §. 1. de d. r. 45, 2.

2) Die Frage wird unten Abschn. 6. §. 22. No. 1. erörtert werden.

3) Vgl. hierüber unten §. 22.

Doch giebt es einige besondre Arten der Correalobligationen, bei denen dennoch die Annahme eines Gesammtpfandes nothwendig wird, nämlich die bei der dos communis und bei der Pupillarsubstitution[1]). Bei der dos communis bestehen überhaupt nicht Sonderobligationen, sondern bloß eine Gesammtobligation, also giebt es hier bloß ein Gesammtpfandrecht. Bei der Pupillarsubstitution bestehen zwar Sonderobligationen, jedoch in der Weise, daß, solange der Pupill lebt, die Sonderobligation des Substituten ruht, und der Pupill allein (resp. sein Tutor) die Rechte des Gläubigers wahrnehmen darf. Wird nun dem Pupillen für eine väterliche Forderung ein Pfandrecht bestellt, so ist dies anzusehen, als für die Gesammtobligation bestellt; deshalb geht es auf den Substituten über.

1) S. hierüber Abschn. 7. §. 37. Abschn. 8. §. 43; vgl. auch Abschn. 6. §. 36.

Sechster Abschnitt.

Die Correalobligation.

Erstes Capitel.

Die gewöhnliche Correalobligation.

1) §. 15. Einleitung.

Ein Mißbrauch würde es uns erscheinen, wollten wir die über die Correalobligation aufgestellten Ansichten referiren und sie critisiren. Mit unübertrefflicher Kürze ist dies bereits durch Windscheid, mit behaglicher Ausführlichkeit durch Samhaber geschehen. Was noch den Erörterungen dieser Schriftsteller hinzuzufügen ist, das wird sich in unsrer Darstellung betreffenden Orts einflechten lassen. Vorläufig genügt uns zu wissen, daß wir es mit einem Rechtsinstitut zu thun haben, dessen Natur nach Ribbentropps Werk lange Zeit hindurch bei allen Civilisten unbezweifelt feststand, im letzten Jahrzehnt hingegen von fast jedem Schriftsteller über die Materie anders gefaßt wurde.

„Als der eigentlich treibende Gedanke der Opposition gegen die Einheitstheorie, sagt Windscheid [1]), stellen sich theoretische Zweifel an der Denkbarkeit der Einheit des Rechts bei einer Mehrheit der Subjecte dar".

Niemand hatte sich in dieser Beziehung schärfer als Kuntze [2])

1) Münchner krit. Ueberschau 6, 211.
2) Obl. und Singularsucc. S. 119.

ausgesprochen. „Ganz mit demselben Recht, meint er, könnten wohl die Gespenster jener alten, nun endlich erdrückten Theorie von einem dominium plurium in solidum wieder hervortreten, und neben der Theorie von einer ungetheilten Beziehung der Obligation auf mehrere Gläubiger oder Schuldner auch für sich einen Platz im System beanspruchen. Aber wer möchte dies wünschen?"

Kuntze allein zog die Consequenz aus der Einheitstheorie. Dieselbe ist ein Widerspruch gegen die sonstige Lehre von der Unmöglichkeit einer Berechtigung Mehrerer, ein Widerspruch gegen die Lehre von der Unmöglichkeit eines dominium, einer possessio plurium in solidum. Die Doctrin trug diesen Widerspruch Jahrhunderte lang in sich und merkte ihn nicht. Erst Hasse[1]) machte darauf aufmerksam; die Auffassung von der Correalobligation, welche er um den Widerspruch zu beseitigen entwickelte, ward, unhaltbar wie sie ist, von Ribbentropp[2]) widerlegt. Allein den Widerspruch selbst ließ Ribbentropp bestehen; er suchte bloß (wie vor ihm Keller) durch Spaltung des objectiven Bestandes und der subjectiven Beziehung der Obligation zu erklären, weshalb gewisse Acte für alle, gewisse nur für einzelne Correi Folgen haben; daß hingegen eine mehrfache Berechtigung überhaupt möglich sei, nahm er als selbstverständlich an und über ihr Verhältniß zum dominium und zur possessio plurium in solidum ließ er sich nicht aus. Es konnte nicht fehlen — bei dem zur „civilistischen Construction" geneigten Sinne der Zeit, und nachdem selbst von mehreren bedeutenden Germanisten der Begriff des Gesammteigenthums verworfen worden war (Dunker, Homeyer, Gerber, Walter) — es konnte nicht fehlen, daß man endlich den Widerspruch los zu werden, und die Harmonie im Rechtssysteme wiederherzustellen suchte. Und nun folgt ein Angriff gegen die Unitätstheorie auf den andern: die meisten der Angreifer erklären sich für eine Mehrheitstheorie, Einige stellen eine, wenn ich mich des Ausdrucks bedienen darf, Ungewißheitstheorie auf.

In der That: die Angriffe sind leicht erklärlich und wohlbegründet. Man halte an der Einheitstheorie fest; dann aber erkläre

1) Revis. der ehel. Gütergem. S. 47 ff.

2) Corr. S. 18 ff.

man, daß dominium und possessio plurium in solidum u. s. w. nichts Unlogisches enthalte, sondern daß die Existenz dieser Institute bloß eine Frage der practischen Brauchbarkeit und der historischen Entwicklung sei. Will man dies nicht zugeben, so werden jene Angriffe, von Einzelnen ausgegangen, bald zur allgemeinen Anerkennung gelangen. Eine Widerlegung dieser Angriffe ist nur von dem Standpunkt aus möglich, welcher die Gesammtberechtigung principiell anerkennt, und ihre Geltung im Detail (in den einzelnen Rechtsinstituten) lediglich von der geschichtlichen Entwicklung abhängig macht.

2. Die Solidarobligationen.

a) §. 16. Solidarobligationen erster Art.

Es liegt genau genommen außerhalb des Umfangs unsrer Aufgabe, von den Solidarobligationen zu handeln. Dennoch glauben wir wenigstens die Principien, auf denen diese Lehre beruht, ausführen zu müssen; denn da darüber keineswegs Einstimmigkeit herrscht, so erscheint es bei dem nahe verwandten Verhältniß, in welchem Solidar- und Correalobligationen stehen, nothwendig, unsern Standpunkt anzugeben.

Daß die untheilbaren Obligationen eine besondre Art der solidarischen bilden, ist von Vielen bemerkt, am schärfsten zuletzt von Arndts [1]) ausgeführt worden. Nicht aber hat es gelingen wollen, die übrigen Fälle der Solidarobligationen auf ein bestimmtes Princip zurückzuführen.

Zu diesem Behuf machen wir darauf aufmerksam, daß sich im Großen und Ganzen zwei Hauptgruppen von Obligationen einander gegenüberstellen lassen. Der Zweck der einen Hauptgruppe ist, das Vermögen zu erweitern, einen Vermögensvortheil zu erlangen, die Klage geht auf Erfüllung des Versprochnen; der Zweck der andren ist, die Integrität des Vermögens aufrecht zu erhalten, Schaden (positiven wie negativen) von demselben abzuwenden, die Klage geht

1) Pand. §. 216. Anders bekanntlich Savigny hinsichtlich der passiven Solidarobligationen. (Obl. R. I. §. 34).

auf Ersatzleistung. Zu den ersten Obligationen gehören unbedingt der Kauf, soweit er auf Uebertragung der Sache resp. auf Zahlung des Kaufpreises gerichtet ist, die Miethe, soweit sie auf Gewährung des Gebrauchs resp. auf Zahlung des Miethspreises geht, die Societät, soweit sie die Prästation der Beiträge zum Zweck hat. Zu den letztren Obligationen sind die Delictsobligationen, die Verhaftung des Tutor[1]) und Negotiorum gestor, die Verpflichtung des Miethers auf Rückgabe der Sache u. s. w. zu rechnen. Bei vielen andren Obligationen wird es auf den ersten Anblick zweifelhaft erscheinen, unter welche Gruppe sie subsumirt werden müssen; doch ist die Beseitigung des Zweifels nicht schwer.

Nehmen wir das Darlehn. Es ist nicht bloß eine Obligatio re contracta, sondern, da der Empfänger Eigenthümer wird, der Umtausch einer fungiblen Sache gegen eine Obligation; der Darlehnsgläubiger wählt die letztre für die erstre, er will sein Vermögen um die Obligation vermehren. Das Darlehn gehört mithin zur ersten Gruppe.

Das Depositum verpflichtet den Depositar zur Gewährung des Raums für die niedergelegte Sache[2]); insoweit ist es eine Obligation erster Gruppe; allein diese Verpflichtung ist sofort im Augenblick des Deponirens erfüllt; soll noch eine weitre Obligation aus dem Depositum hervorgehen, so kann sie nur darin ihren Grund Grund haben, daß vom Vermögen des Deponenten Schaden abgewendet werden soll; die Obligation des Depositars beginnt also erst in dem Augenblick, wo er den Schaden zugefügt hat; gerade dies spricht l. 81. §. 1. de sol. 46, 3. aus:

> (Pompon.) Si lancem deposuerit apud me Titius et pluribus heredibus relictis decesserit, si pars heredum me interpellet, optimum quidem esse, si praetor aditus jussisset me, parti heredum eam lancem tradere, quo casu depositi me coheredibus reliquis non teneri; sed etsi sine praetore sine dolo malo hoc fecero, liberabor *aut quod verius est*

1) Daß die act. tutelae ganz den Character der act. neg. gest. hat, darüber s. Rudorff Vormundschaft 3, 4 ff. und unten Abschn. 7. §. 39.

2) Nicht für mehr; durch weitre Obliegenheiten, welche er übernimmt (z. B. custodia), wird der Vertrag zum Mandat. l. 1. §§. 9. 12. 13. dep. 16. 3.

non incidam in obligationem; optimum autem est, id per magistratum facere.

»Non incidam in obligationem«, d. h. erst dadurch würde der Depositar sich eine Obligation anhängen, daß er dolo malo bloß einem Erben des Deponenten die Sache zurückgäbe, denn dadurch würde er den andren Erben schuldhafter Weise Schaden zufügen. Daher ist es auch eine durchaus consequente Bestimmung, und nicht (wie Savigny[1]) behauptet) eine Ausnahme, daß der Freigelaßne, bei welchem, als er noch Sclave war, eine Sache deponirt wurde, mit der act. depositi haftet, wenn er die Sache noch inne hat; denn jener Freigelaßne contrahirt die Obligation erst jetzt, dadurch nämlich, daß er die Rückgabe verweigert; die Obligation muß deshalb eine klagbare sein[2]).

Die Obligation des Commodatars ist von vornherein darauf gerichtet, Schaden vom Commodanten abzuwenden; würde die Sache ihm gar nicht oder in verschlechtertem Zustande zurückgegeben, so würde sein Vermögen Schaden erleiden.

Ueber die mandati obligatio hat sich schon Brinz[3]) geäußert: „an und für sich erzeugt sie keine klagbare Verpflichtung oder Schuld weder diesseits noch jenseits; erst wenn das verlangte Geschäft wirklich geführt wird, oder dadurch, daß es nicht geführt wird und darüber etwas zu Grunde geht, kann es zu klagbaren Forderungen, zu mandati obligationes im Gegensatz zur mandati obligatio kommen". Eben hieraus folgt, daß das Mandat zu der zweiten Gruppe der Obligationen gehört; denn durch die Annahme des Mandats ist das Vermögen des Mandanten im Allgemeinen besser geworden, nur daß der hieraus entsprungne Vortheil sich nicht bestimmen läßt; weitre Forderungen entstehen erst durch Ausführung resp. Nichtausführung des Geschäfts, und ihr Zweck ist, jene verbesserte Vermögenslage für alle Zukunft aufrecht zu erhalten.

Endlich können wir alle Gegenansprüche, sie mögen (was

1) System 2, 426. 427.

2) L. 21. §. 1. dep. 16, 3. Vgl. noch l. 1. C. an serv. 4, 14: quamvis cum statulibero contraxeris, tamen *ex ante gesto* te non habere cum eo post impletam conditionem libertatis actionem, scire debes.

3) Pand. S. 464.

gewöhnlich der Fall ist) mit einer act. contraria oder mit einer eignen Klage[1]) geltend gemacht werden, zu der zweiten Gruppe stellen. Von der act. contraria namentlich ist es wiederholentlich in den Quellen gesagt[2]), daß sie bloß die Abwendung des Schadens zum Zwecke hat.

Frägt man nun, welchen Einfluß der verschiedne Zweck der Obligation auf diese äußert, so heben wir bloß denjenigen Punkt hervor, welcher für die Sonderobligationen von Wichtigkeit ist. Der Grund für die Verhaftung in der ersten Obligationsgruppe ist das abgegebne Versprechen, der in der zweiten der erlittne Schaden. Nun kommt ein Schaden juristisch nur insofern in Betracht, als er ohne Casus geschehen ist, also auf einem (positiven) Handeln oder Unterlassen (negativen Handeln) beruht; daraus folgt, daß der Grund der Verhaftung in der zweiten Obligationsgruppe in einem (positiven oder negativen) Handeln besteht, z. B. in dem Falle der oben citirten l. 81. §. 1. de sol. 46, 3. darin, daß der Depositar einem Erben schuldvoller Weise zurückgegeben hat[3]).

Man mißverstehe aber dies nicht. Wir leugnen nicht, daß auch der Ausgangspunkt der zweiten Classe von Obligationen ein Vertrag sein könne; allein dieser Vertrag äußert an sich (um mit Brinz zu reden) noch keine klagbare Verpflichtung, diese entsteht erst durch Hinzutreten eines (positiven oder negativen) Handelns. So sind also namentlich die Mandats-, Depositum-, Commodatsobligationen „keine reinen Vertrags- oder Consensualobligationen“[4]), und ebenso

1) Z. B. der Verkäufer hat vor der Uebergabe der Sache Auslagen machen müssen.

2) L. 5. pr. dep. 16, 3: (in contrario judicio) agitur de indemnitate ejus qui depositum suscepit; l. 45. §. 2. de neg. gest. 3, 5: aequum est in damno eum non versari; l. 31. de pign. act. 13, 7: ut indemnem me praestet; l. 15. mand. 17, 1: ne damno afficiatur qui suscepit mandatum.

3) Nur dann ist eine Ausnahme vorhanden, wenn Jemand die Tragung des Casus übernimmt, z. B. es versichert sich Jemand gegen Feuersgefahr; hier ist das Eintreten des Casus der Grund der Verhaftung.

4) Brinz Pand. S. 464. Wenn es also in l. 6. §. 1. mand. 17, 1. vom Mandatar heißt „nec enim ideo est obligatus quod negotia gessit, verum idcirco quod mandatum suscepit“, so bedeutet dies bloß, das in der Annahme des Mandats liegende Versprechen sei der Ausgangspunkt für die künftigen Obligationen des Mandatars; s. hierzu Brinz Pand. S. 465.

erzeugt die Stipulation »per te non fieri, quominus ire agere liceat«, wenngleich sie keine bedingte ist, an sich keine Klage, weder auf das Interesse noch überhaupt auf etwas; erst wenn der Stipulant gehindert worden ist, ist die Interessenforderung entstanden [1]). Man kann hier das Versprechen die causa remota, das Handeln die causa proxima der Verhaftung nennen. — So kann denn auch aus einem Versprechen, welches schon von vornherein klagbare Verpflichtungen erzeugt, hinterher eine neue Verpflichtung aus einem Handeln hinzutreten, z. B. ein Verkäufer macht vor der Uebergabe der Sache Auslagen, der Miether läßt die der Ausbesserung bedürftige Sache repariren u. s. w.

Die Handlungen, aus denen eine Obligation hervorgeht, können zu einer *Verpflichtung* führen und dies ist der regelmäßige Fall; man kann aber auch aus seinen Handlungen *berechtigt* werden, z. B. bei den *meisten* Gegenansprüchen, die man mit act. contrariae verfolgt, denn die act. contr. ist ein Anspruch in umgekehrter Richtung, ihre Grundlage ist *meistens* ein ordnungsmäßiges Handeln des Principalschuldners, wodurch er zum Gläubiger wird [2]). Dieser Unterschied zwischen Handlungen, welche Verpflichtungen und Berechtigungen im Gefolge haben, ist nicht ohne Einfluß; denn damit Jemand aus seinen Handlungen verpflichtet werde, müssen diese culpos sein [2]), weil sie ihm sonst nicht zugerechnet werden können, und er also nicht dafür aufzukommen braucht; wird Jemand indeß durch seine Handlungen berechtigt, so ist dies nur dadurch möglich, daß ein Andrer dafür aufkommen muß, und dies wiederum ist nur dann möglich [3]), wenn der Handelnde ordnungsmäßig verfuhr, d. h. sich nicht in Culpa befand. Sieht man indeß von diesem

1) Wir werden hiervon bei der Darstellung der Solidarobligationen zweiter Art Gebrauch machen; vorläufig vgl. l. 2. §. 6. l. 3. l. 4. pr. de v. o. 45, 1.

2) Jacobi Lehre v. d. nützl. Verwendung S. 9. Anm. 17; doch kann auch mit der act. contr. die Culpa des Principalgläubigers verfolgt werden.

3) Ganz anders verhält es sich bei den Obligationen aus einem Versprechen; der Verkäufer und Vermiether einer fremden Sache haften, auch wenn sie ganz ohne Schuld waren, dennoch für das Interesse; in dem Versprechen liegt eine Uebernahme der Garantie.

4) Wir sehen hier von dem accessorisch Verpflichteten (Bürge, Rheder u. s. w.) ab, und behandeln nur das Verhältniß zwischen *zwei* Personen.

die Culpa betreffenden Unterschiede ab, so ist die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses dieselbe, gleichviel ob die Handlung zu einer Berechtigung oder Verpflichtung führt [1]). — —

Dieser Unterschied in den Obligationen überhaupt kehrt in den Solidarobligationen wieder, und deshalb billigen wir durchaus die Behauptung von Brinz [2]), wonach „das Eigenthümliche eines solidarischen Schuldverhältnisses auch vorkommen kann, wo bloß ein Einziger obligirt ist, ja daß es in der Haftung eines Einzelnen so recht sein Element und seine Kraft, in der Mehrheit von Schuldnern aber bloße zufällige Umstände hat, Umstände, die freilich dazu dienen, die Sache selbst augenfälliger zu machen und ins Gerede zu bringen".

So wie es nämlich Obligationen giebt, welche unmittelbar in einem Versprechen ihren Grund, die Erweiterung des Vermögens zu ihrem Zweck und die Erfüllung des Versprochnen zum Gegenstande ihrer Klage haben, und andrerseits Obligationen, deren Grund eine Handlung, deren Zweck die Aufrechterhaltung der Integrität des Vermögens und deren Klagobject die Ersatzleistung ist, so giebt es auch Solidarobligationen von beiden Arten, ja hier vor Allem sind bedeutende Unterschiede in den Rechtssätzen aus jenem verschiednen Ursprung hervorgegangen: Die Obligation aus dem Versprechen eines untheilbaren Gegenstandes bildet die erste Art der Solidarobligation, alle übrigen Solidarobligationen gehen aus Handlungen hervor.

I. Solidarobligation auf Grund des Versprechens eines untheilbaren Gegenstandes. Daß hier eine Solidarobligation entsteht, liegt in dem Gegenstande; er kann nur in solidum geleistet und empfangen werden. Es überschreitet die Grenzen unsrer Aufgabe, die Gründe der Untheilbarkeit aufzuführen, und nur die eine Bemerkung möchten wir hinzufügen, daß uns bisher der Wille der Contrahenten und sein Einfluß auf die Theil- resp. Untheilbarkeit der Obligation gar zu sehr vernachlässigt erscheint; erst Ubbelohde [3]) hat darauf aufmerksam gemacht, daß aus dem

1) Davon werden wir bei Darstellung der Solidarobligationen zweiter Art Gebrauch machen.

2) Krit. Bl. 4, 53.

3) Lehre von den unth. Obl. S. 257. 258.

Willen der Contrahenten ungetheilte Beziehungen in einer Obligation hervorgehen, aber die von ihm vorgenommne Begrenzung (in diem addictio, lex commissoria, Restitution, pact. displicentiae) ist nach unsrer Ansicht zu eng; sie muß weiter gefaßt werden; man vgl. die berühmte stipulatio fundum tradi in l. 72. pr. de verb. obl. 45, 1, die una obligatio de evictione in l. 62. §. 1. de ev. 21, 2. und die indivisa natura venditionis in l. 139. de verb. obl. 45, 1, die l. 47. loc. 21, 2, die Savigny[1]) mit Unrecht auf Correalobligationen bezieht.

Was wir vielmehr ausführen wollen, ist, daß die Untheilbarkeit des Obligationsinhaltes, so nothwendig sie auch die Solidarität in ihrem Gefolge hat, dennoch sie nur so lange nach sich ziehen kann, als der Obligationsinhalt untheilbar ist. Verändert er sich, wird er aus einem untheilbaren ein theilbarer, so muß auch die Haftung in solidum aufhören. Freilich ist dabei wohlzumerken, daß die Veränderung nicht durch eine culpose Handlung des Schuldners herbeigeführt sein darf; dann würde nicht mehr eine reine Versprechensobligation vorliegen, sondern vielmehr eine Obligation aus der Culpa auf dem Grunde einer Versprechensobligation entsprungen sein, und diese wäre nach den Grundsätzen sub II. (§. 17.) zu beurtheilen.

Der Streit hierüber ist noch so frisch, die Literatur so sehr in Aller Gedächtniß, daß wir dem Leser keinen Gefallen zu thun glaubten, wenn wir alle hier einschläglichen Umstände und Quellenaussprüche erörterten. Nur mit zwei Fragmenten wollen wir uns beschäftigen; mit l. 72. pr. de verb. obl. 45, 1. und l. 25. §. 10. fam. erc. 10, 2, mit erstrer um die Interpretation des neuesten Schriftstellers, Ubbelohde, zu beleuchten, mit letztrer, um eine neue Interpretation aufzustellen.

Ubbelohde[2]) construirt nach dem Vorgange von Cujacius den

1) Obl. R. 1, 218. Note a. Der Schluß der Ler nämlich besagt, daß der Gläubiger Jeden aufs Ganze belangen könne, sofern er nur dem Verklagten die Klagen gegen die Genossen abtritt; dies wäre bei einer Correalobligation unmöglich, da die Anstellung der Klage gegen Einen die Andren nach vorjustinianischem Recht liberirt.

2) Lehre v. d. unth. Obl. S. 88 ff., namentlich S. 93. 94. Uebrigens mag bemerkt werden, daß Ubbelohde bei freien Klagen Theilung annimmt; nur bei stricten Klagen befolgt er die im Text referirte Ansicht.

Fall der l. 72 cit.[1]) folgendermaßen. Man dürfe nicht annehmen, daß das versprochne facere durch Zufall unmöglich geworden sei, denn sonst wäre die Obligation ganz untergegangen; ebenso dürfe man nicht annehmen, daß der versprechende Schuldner selbst durch Culpa die Unmöglichkeit herbeigeführt habe, denn Tubero erkläre unter Zustimmung von Celsus und Ulpian den Verklagten bloß zu theilweiser Geldzahlung verpflichtet, und es könne doch Niemand durch Begehung einer Culpa seine rechtliche Lage verbessern; übrig also bleibe nur l. 72. auf einen Fall zu beziehen, wo der Versprechende die Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt, und dann unter Hinterlassung mehrerer Erben verstorben sei; daß in diesem Falle jeder Erbe nur pro parte auf das Interesse hafte, sei unbestritten.

Sollte es nicht nachtheilig sein, daß man gewöhnlich die Theilbarkeit der Obligationen in Verbindung zu mehreren Erben des Contrahenten setzt? Allerdings bringt der Erbgang die Theilbarkeit klar zur Anschauung; allein der Erbgang begründet zugleich ein besondres Verhältniß, welches bei mehreren ursprünglich verpflichteten Personen fehlt, so daß dort die Solidarobligationen nicht so rein und ungetrübt wie hier auftreten; überdies giebt es noch eine andre Wirkung der Theilbarkeit: diejenige nämlich, daß der Schuldner theilweis zahlen und theilweis befreit werden kann. Zu jener nachtheiligen Darstellung giebt nun allerdings die l. 85. de verb. obl. Anlaß, weniger schon die l. 2. cod., und keineswegs unsre l. 72. Mit keinem Worte gedenkt hier Ulpian, daß es sich um Vererbung handle, er spricht von untheilbaren Obligationen ganz im Allgemeinen. Ubbelohde's Interpretation aber, die gerade einen Erbgang supplirt, ist deshalb verwerflich. Auch ist der von Ubbelohde construirte Fall keineswegs der einzig denkbare; wir geben zu, daß die Juristen (Tubero, Celsus, Ulpian) nicht reinen Zufall voraussetzen, wir geben zu, daß der Verklagte nicht durch Schuld die Unmöglichkeit des Opus herbeigeführt hat; wäre eines von Beiden vorhanden, so

1) Dieselbe lautet: Celsus tamen .. refert Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem; secundum quem Celsus ait, posse dici, justa aestimatione facti dandam esse petitionem.

wäre die Entscheidung der Lex unrichtig, namentlich läge bei Vorhandensein von Culpa nicht mehr eine bloße Obligation aus Versprechen, sondern aus Handlungen vor; allein es giebt noch andre Fälle, in denen weder Zufall noch Schuld des Verklagten vorliegt, und dennoch das Opus nicht errichtet wird, z. B. wenn der Verklagte behufs der Erfüllung nicht bloß persönlich thätig sein muß, sondern noch andrer Mittel bedarf, deren Herbeischaffung ihm nicht gelingt[1]). Sowie der Verkäufer einer fremden Sache für das Interesse aufkommen muß, selbst wenn der Eigenthümer diese ihm nicht verkaufen will, so muß auch im so eben gedachten Falle der Solidarschuldner das Interesse pro parte leisten; weder wird er frei (denn es liegt kein Casus vor), noch muß er das ganze Interesse leisten (denn er hat sich keiner Culpa schuldig gemacht). Daher kann denn die Intentio nach gehöriger Abschätzung sofort auf eine bestimmte Geldsumme gestellt werden (secundum quem Celsus ait, posse dici justa aestimatione facti dandam esse petitionem). Die übrigen Solidarverpflichteten müssen dann gleichfalls, wenn sie ohne Schuld sind, das theilweise Interesse leisten, der Schuldvolle hingegen muß das ganze Interesse leisten und kann nur im Wege der exc. doli die Seitens der Andren bereits geleisteten Theilzahlungen in Anrechnung bringen[2]). — —

Die l. 25. §. 10. fam. erc. 10, 2. nimmt deshalb um so größre Aufmerksamkeit in Anspruch, weil nach ihrer bisherigen Auffassung die stipulatio servitutem dari als von der stip. faciendi durchaus abweichend sich darstellt. Von den verschiedensten Standpunkten aus suchten die Anhänger der herrschenden Ansicht diese Anomalie der Servitutenstipulation zu erklären: bald aus der Fassung der Formel[3]), bald aus der grundverschiednen Natur der obl. dandi und faciendi[4]). Keine dieser Interpretationen indessen hat sich allgemeinen Beifall erworben, und die Gegner bezeichnen l. 25. §. 10.

---

1) Mommsen Unmöglichkeit der Leistung §§. 7. 8.

2) Hiermit erledigt sich die Frage Ubbelohde's a. a. O. S. 248.

3) Ribbentropp Correalobl. S. 233 f. Arndts Pand. §. 216. Anm. Brinz krit. Bl. 4, 52.

4) Scheurl Comm. ad l. 2. 3. 4. 72. 85. de verb. obl. p. 35 sqq Vangerow Pand. §. 567. Anm. 2.

noch immer als mit der herrschenden Ansicht unverträglich. Uns scheint indeß die Lex sehr wohl die Annahme zuzulassen, daß die mehreren Erben eines Servitutschuldners jeder an sich nur pro parte auf das Interesse haften. Sie lautet:

> Contra si promissor viae decesserit pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio, nec dubium est quin duret, quoniam viam promittere et is potest qui fundum non habet; igitur quia singuli in solidum tenentur, officio judicis cautiones interponi debent, ut si quis ex his conventus litis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur.

Das vor Allem ist zu betonen, daß Paulus voraussetzt, der Erblasser sei Eigenthümer des fundus serviturus gewesen. Es sprechen hiefür mehrfache Beweise. Einmal ist es schon an sich gewöhnlich, daß nur derjenige eine Servitut zu bestellen verspricht, welchem das dienensollende Grundstück gehört. Sodann weist darauf der vorhergehende §. 9. hin; dort handelt es sich um eine Servitut, die dem Erblasser versprochen worden ist; eine solche ist nur giltig, wenn der Erblasser ein Interesse hatte, d. h. wenn er Eigenthümer des fundus dominaturus war oder dem Eigenthümer des fundus dominaturus die Servitutbestellung selbst versprochen hatte; wir müssen die erstre Alternative (Eigenthum des Erblassers am fundus dominaturus) annehmen, da sie die Regel, und die letztre Alternative mit keinem Worte angedeutet ist. Zu diesem Falle nun bildet §. 10. das Gegenstück (daher er mit contra eingeleitet wird) in dem Sinne, daß der Erblasser die Servitutbestellung nicht zu *fordern*, sondern zu *leisten* hatte; im Uebrigen sind die Bedingungen des Falles dieselben, d. h. der Erblasser ist Eigenthümer des fundus serviturus gewesen. Endlich folgern wir dies auch aus dem §. 10. selbst; es heißt hier: nec dubium est quin duret quoniam viam et is promittere potest qui fundum non habet. Die Worte »nec dubium est« deuten jene Streitfrage an, die in alter Zeit bei der Vererbung des fundus dominaturus bestanden hatte [1]). Gewisse Juristen

1) l. 2. §. 2. de verb. obl. 45, 1. Ubbelohde Lehre v. d. unth. Obl. S. 51 ff.

waren der Ansicht, daß in diesem Falle die Stipulation untergehe, weil deren Giltigkeit vom fortdauernden Eigenthum des Stipulator am fundus dominaturus abhängt, Andre verwarfen dies, indem sie im Erbgang eine difficultas praestationis und nicht eine Eigenthumsveränderung sahen. Indem nun Paulus in l. 25. §. 10. auf diese Streitfrage Bezug nimmt, erklärt er, daß er von deren Voraussetzungen ausgehe, d. h. vom Eigenthum des Erblassers am Grundstück; er meint, diese Streitfrage berührt den Fall des Todes eines *promissor* servitutis nicht, denn eine Servitut kann ja selbst der Nichteigenthümer versprechen, folglich müssen die Erben, die doch mehr als Nichteigenthümer (nämlich Miteigenthümer des fundus serviturus) sind, verhaftet bleiben.

Steht nun aber fest, daß der Erblasser im Falle der l. 25. §. 10. Eigenthümer des fundus serviturus war, so ist die Verurtheilung der einzelnen Erben auf das ganze Interesse durchaus gerechtfertigt. Dieselben haben nämlich das judic. fam. ercisc. angestellt, und in diesem das Grundstück entweder Einem Miterben allein zugewiesen oder reell getheilt oder Einem Dritten veräußert. Welchen dieser Fälle wir auch setzen, immer liegt die Sache so, daß die Erben ihrer Verpflichtung nicht mehr nachkommen können. Gesetzt Ein Miterbe hat das Grundstück zugeschlagen erhalten: so ist er allein in der Lage erfüllen zu können, die andren haben sich außer der Möglichkeit dazu gesetzt, und müssen deshalb (da sie nicht mehr bloß aus dem Versprechen ihres Erblassers, sondern aus ihrer Handlung haften) aufs ganze Interesse verurtheilt werden (s. unten II. §. 17.); jener Erbe aber, der jetzt Alleineigenthümer ist, muß, wenn er die Bestellung der Servitut ablehnt, gleichfalls wegen seines Dolus das ganze Interesse zahlen. Gesetzt das Grundstück ist reell getheilt worden: so ist es überhaupt unmöglich, daß die versprochne Eine Servitut geleistet werde; höchstens könnten jetzt soviel Servituten als Grundstücke bestellt werden; zwar wäre es möglich, durch Constituirung eines Gesammtrechtsverhältnisses Eine Servitut zu bestellen[1]); allein kein Miterbe hat das Vermögen, seine Genossen dazu zu zwingen; durch die reelle Theilung ist also die Unmöglichkeit

1) S. oben §. 11. S. 151 ff. §. 12. III. S. 169 f.

der Servitutenbestellung veranlaßt worden. Gesetzt das Grundstück ist an einen Dritten veräußert worden: so hat sich wiederum jeder Miterbe der Fähigkeit begeben, die Servitut zu bestellen. Ziehen wir das Resultat, so ruht die Entscheidung von Paulus auf einem Verschulden der Miterben, sie hätten vor der Auseinandersetzung die Servitut bestellen müssen; denkt man sich einen Fall ohne Verschulden, nimmt man z. B. an, daß der Gläubiger noch vor der Erbtheilung klagt, so werden, wenn nur Ein Miterbe der Servitutbestellung sich weigert, die Uebrigen nur pro parte das Interesse zu leisten haben, jener Weigernde hingegen das ganze Interesse, nur müßte ihm exc. doli gegeben werden, wenn die Andren ihr Theil bereits gezahlt hätten; er müßte ihnen ja doch im jud. fam. erc. dafür aufkommen. Ebenso würde, wenn der Erblasser nicht Eigenthümer des fundus serviturus war, jeder Miterbe ohne Ausnahme nur pro parte zur Leistung des Interesses verurtheilt werden.

Sonach existirt unsrer Ansicht nach kein Unterschied zwischen der stipul. servitutem dandi und faciendi.

b) §. 17. Solidarobligationen zweiter Art.

II. Die Solidarobligation auf Grund von Handlungen. Die Handlungen können, wie §. 16. S. 211. gezeigt wurde, theils zu Verpflichtungen, theils zu Forderungen führen. Betrachten wir zunächst die erstren.

a) Solidarobligationen auf Grund verpflichtender Handlungen. Jeder muß die Folgen seiner Handlungen tragen; sind diese culpos, so muß er den dadurch veranlaßten Schaden ersetzen. Nun kann es vorkommen, daß Mehrere an einer schuldhaften Handlung concurriren; jedem muß alsdann die Handlung zugerechnet, und weil sie ihm zugerechnet wird, auch ganz zugerechnet werden; der Umstand, daß eine andre Person concurrirt, ist gleichgiltig, vorausgesetzt nur, daß schon aus der Handlung des Einzelnen der Schade abgeleitet werden darf:

l. 15. de adm. tut. 27, 3: Si ex duobus tutoribus cum altero quis transegisset, quamvis ob dolum communem, transactio nihil proderit alteri, nec immerito *quum unusquisque doli sui poenam suffert.*

Nothwendigerweise ist hier jeder aufs Ganze verpflichtet, und zwar auch dann, wenn es zur Geldcondemnation kommt; das ist das Wesen der Solidarobligation zweiter Art.

Wenden wir uns jetzt zu den einzelnen Fällen.

Die Sachlage ist klar, wenn Jemand auf Anstiften eines Andren ein Delict begeht; die That desselben an sich enthält den Begriff des Delicts, auch wenn man die damit concurrirende Anstiftung außer Acht läßt, also darf der Thäter auf diese Anstiftung sich nicht berufen; der Anstifter hinwiederum hat die That hervorgerufen, deshalb darf er nicht einwenden, daß sein Verhalten erst dadurch schädlich würde, daß der Andre das Delict verübte. Zweifel entstehen, wenn sich Mehrere einer gemeinschaftlichen Culpa (innerhalb oder außerhalb eines Vertrages) schuldig machen. Auch hier geht die allgemeine Ansicht dahin, daß ohne fernere Untersuchung jeder für den ganzen Geldwerth des Schadens haftet. Diese Ansicht ist richtig, z. B. wenn zwei Mörder in demselben Moment eine Kugel nach einem Menschen abfenden, von denen jede eine tödtliche Wunde beibringt; denn quisque in solidum dolo fecit [1]); sie erscheint uns unrichtig, wenn in einem Raufhandel der Tod einer Person herbeigeführt worden ist; denn die Bestimmungen der Carolina [2]) über den Raufhandel sollten auch von den Civilisten beachtet werden. Zwar meint Ribbentropp [3]): „man kann natürlich nicht sagen, daß der Einzelne das Delict nur zur Hälfte, zu einem Drittheile begangen habe, vielmehr hat es jeder ganz begangen", und Savigny und Brinz [4]) sind der Ansicht, daß lediglich Nützlichkeitsgründe die Grundsätze über die Haftung mehrerer Delinquenten bestimmt hätten, es solle nämlich dem Verletzten auf die bequemste und sicherste Weise zum Schadensersatz verholfen werden. Allein was Ribbentropp betrifft,

1) Vgl. das Beispiel in l. 11. §. 4. ad l. Aqu. 9, 2.

2) Art. 148. Namentlich ist hierin bestimmt, daß, wenn die von Mehreren beigebrachten Wunden bloß durch ihr Zusammentreffen tödtlich sind, Keiner die Todesstrafe leiden solle.

3) Corr. S. 91.

4) Savigny Obl. R. 1, 219. Brinz Pand. 1, 607: „Das was man durch ein Delict verschuldet, sollen die mehreren Delinquenten jeder ganz verschulden; nicht als ob das so nothwendig wäre, sondern weil es das Recht so für gut findet.

so liegt ein Einwand nahe; darf man nämlich nicht sagen, jemand habe das Delict zur Hälfte verübt, so folgt daraus vielleicht (wie Ribbentropp behauptet), daß er es ganz, vielleicht aber auch, daß er es überhaupt nicht verübt habe, und wenn dies absurd klingt, so ist dies bloß ein Beweis, daß Ribbentropps Argumentation nicht die rechte ist. Savigny=Brinz hinwiederum lassen unberücksichtigt, daß auch dem Verbrecher sein Recht zu Theil werden muß, und daß dem Princip der Gerechtigkeit selbst practische Motive weichen müssen. Wir behaupten damit nicht die allgemeine Haftlosigkeit der mehreren Delinquenten; wir wollen nur eine andre Begründung geltend machen. Wenn nämlich von Mehreren ein Delict verabredetermaßen[1]) begangen wird, so ist nach der Lehre der Criminalisten jeder Betheiligte physischer und intellectueller Urheber zugleich; der Theil des Verbrechens (wenn der Ausdruck gestattet ist), welchen er nicht physisch begangen, ist ihm auf Grund intellectueller Urheberschaft zur Last zu legen; er hat demnach in der That das ganze Verbrechen begangen, und er muß für alle Folgen ganz einstehen. Hier enthält demnach die communis culpa zwei Rechtselemente (physische und intellectuelle Urheberschaft), die sich gegenseitig ergänzen, die so innig verbunden, so in Eins verschmolzen sind, daß sie in den Deductionen der Juristen nicht mehr geschieden werden. Anders stellt sich nach unsrer Ansicht die Sache bei der von den Criminalisten sog. zufälligen Concurrenz, d. h. einer Concurrenz ohne Abrede, wie meist beim Raufhandel der Fall ist; hier sehen wir — entgegen der herrschenden Ansicht — keinen Grund zur Solidarität, weil hier nicht jedem Einzelnen der ganze Schaden zur Last gelegt werden kann.

Was von Delicten gilt, gilt auch von schuldhaftem Benehmen außerhalb eines Delicts, sei es innerhalb eines Vertrages (mehrere Depositare, Commodatare, Miether, Mandatare, mehrere Käufer bei der Redhibition) oder nicht (mehrere Tutoren, negot. gestores), namentlich auch von der Stipulation »per te non fieri quominus ire agere liceat« (S. 211. N. 1); auch hier müssen jedem die

1) Feuerbach Criminalrecht §. 45. §. 46. a, namentlich Anm. b. (8. Ausg.) Hefster Strafrecht §§. 79. 80.

Folgen seiner Schuld ganz zugerechnet werden; wenn sie aber jeder in Schuld sind, so kommt es zunächst darauf an, ob schon durch die Schuld des Einen der Schade veranlaßt ist. Sind z. B. mehrere tutores honorarii in der Aufsicht über den tutor gerens nachläßig, so darf von jedem gesagt werden, daß, hätte er seiner Aufsichtspflicht genügt, der Schade vermieden worden wäre. Mißhandeln aber mehrere Miether das vermiethete Pferd in solcher Weise, daß nicht die Mißhandlung eines Jeden, sondern erst das Zusammentreffen der Mißhandlungen den Tod des Pferdes zur Folge hatte, so haften sie nur dann in solidum, wenn die verschiednen Mißhandlungen verabredet waren; ohne solche Abrede muß jeder bloß den theilweisen Schaden tragen[1]).

b) Solidarobligationen auf Grund berechtigender Handlungen. Auf S. 211. wurde ausgeführt, daß Jemand durch seine Handlungen berechtigt werden könne, z. B. der Depositar, Mandatar, welcher Auslagen macht; dies bedeutet, der Deponent und Mandant muß für den Verlust aufkommen, welchen die Handlung des Depositars und Mandatars nach sich gezogen hat; ihm wird die Handlung des Depositars und Mandatars zugerechnet. Sind demnach mehrere Deponenten und Mandanten vorhanden, so muß einem Jeden von ihnen diese Handlung zugerechnet werden, und erst die Folge hiervon ist, daß Jeder von ihnen die Folgen der Handlung, den Verlust, tragen muß; m. a. W. sie sind Solidarschuldner, und auch wenn es zur Geldcondemnation kommt, muß Jeder das Ganze zahlen. Die bisherigen Darstellungen haben uns hier am wenigsten befriedigt. Man erkennt dies hauptsächlich an mehreren Mandatoren. Savigny[2]) hält die Solidarität bei denselben sowenig für billigenswerth, daß er die Quellenzeugnisse, nach welchen mehrere gemeinschaftliche Mandatoren in solidum haften, auf mehrere „von einander unabhängige" Mandatoren einschränkt. Das ist denn aber nach l. 59. §. 3. mand. 17, 1, wie schon Brinz[3]) bemerkt, nicht haltbar:

1) S. den analogen Fall im Rauſhandel, oben S. 219. N. 2.

2) Obl. R. 1, 208. So auch Keller Pand. §. 244. Nr. 3.

3) Krit. Vj. 4, 43. Auch Ribbentropps Corr. S. 90. Anm. l. nimmt die Solidarität bei gemeinschaftlichen Mandatoren an

unum ex mandatoribus eligi posse, etiamsi non sit concessum in mandato; post condemnationem autem in duorum personam collatam necessario ex causa judicati singulos pro parte dimidia conveniri posse et debere;

denn „gemeinschaftliche Condemnatio und gemeinschaftliches Mandat stehen sich hier gegenüber". Brinz[1]) versucht eine andre Lösung; als Grund der Solidarität giebt er den Willen in Verbindung mit der Untheilbarkeit an. Er meint, jeder Mandator ermächtige den Mandatar zur Verwendung der Auslagen, diese Ermächtigung sei untheilbar, und deshalb sei es auch die daraus hervorgehende Schuld, so daß, wenn mehrere Mandatoren den Auftrag ertheilen, eine solidarische Verhaftung entsteht. Wir wollen hingegen nicht daran erinnern, daß die Ermächtigung sehr häufig keine wahre, sondern bloß eine fingirte ist; unser Einwand ist vielmehr, daß der Schluß von der Untheilbarkeit der Ermächtigung auf die Untheilbarkeit der Schuld nicht zulässig ist; denn auch bei dem Versprechen eines untheilbaren Gegenstandes wird die Obligation sofort eine theilbare, wenn jener sich in Geld verwandelt. Nicht von der Ermächtigung (einer Handlung des Mandators), sondern von den Auslagen (einer Handlung des Mandatars) muß man ausgehen, um die Solidarität zu erklären; jene ist nur die causa remota, diese die causa proxima der Obligation, mithin bestimmt diese den Character derselben. Grundlage der Verpflichtung der mehreren Mandatoren ist nämlich das Handeln des Mandatars; für dieses Handeln müssen jene aufkommen; ein jeder muß aber dafür ganz aufkommen; denn der einzige Unterschied von der Obligation mehrerer Delinquenten, Depositare, Mandatare beruht bloß darin, daß den Mandatoren nicht ihre eignen schuldvollen Handlungen, sondern die ordnungsmäßigen des Mandatars imputirt werden; wird jemandem überhaupt imputirt, so ist eine theilweise Imputation schon dem Gedanken nach unmöglich.

Vielleicht wird man hiegegen von der Haftung mehrerer Erben aus einen Einwand machen. Mehrere Erben eines Depositars haften ex dolo defuncti bloß prorotarisch[2]); in Analogie hiezu (so möchte man schließen) können die Mandatoren nur gleicher-

1) Krit. Bl. 4, 57.

2) l. 9. l. 10. dep. 16. 3. l. 3. §. 3. l. 17. §. 2. comm. 13. 6.

weise in Anspruch genommen werden; ist dies nach den Quellen anders, so scheint unsre Deduction fehlerhaft zu sein. Allein es scheint bloß; beide Fälle lassen nämlich keine Vergleichung zu. In dem ersten Falle wird nicht den mehreren Erben, sondern dem Erblasser imputirt; für die Erben liegt eine freiwillig (durch den Erbschaftsantritt) übernommne Obligation vor, sie können demnach nur theilweis haften. Bei den mehreren Mandatoren muß es sich anders verhalten, weil ihnen selbst imputirt wird. Setzen wir jetzt den Fall, daß ein Mandator nach Ausführung des aufgetragnen Geschäfts unter Hinterlassung mehrerer Erben gestorben ist, so ist es klar, daß die Letztren gleichfalls nur proratarisch verpflichtet sind; nehmen wir aber an, daß der Mandator vor Ausführung des Geschäfts gestorben ist, der Mandatar aber ohne Kenntniß des Todes das Geschäft ausgeführt hat, so muß bekanntlich die Ausführung von den Erben ratihabirt werden, und daher haften sie unsres Erachtens solidarisch, denn sie haften aus eigner Imputation, nicht weil dem Erblasser zugerechnet wird. — —

Wenn wir auch im Vorstehenden zum Theil (bei dem sog. zufälligen concursus ad delictum) zu neuen Rechtssätzen gekommen sind, so möchten wir doch weniger Gewicht hierauf als auf die Begründung legen. So verschiedenartig auch der Grund der Verpflichtung von Delinquenten und Contrahenten, und (was die Contrahenten betrifft) von Contrahenten, die mit einer actio directa und einer actio contraria haften, sein mag, so zeigt doch jene Begründung, daß es ein gemeinsames Fundament giebt: es muß jeder für die Folgen seiner eignen, zuweilen von fremden Handlungen aufkommen. Jene Begründung zeigt aber auch den inneren Gegensatz, in welchem diese zweite Classe von Solidarobligationen zu der in §. 16. sub I. dargestellten ersten Classe steht. Gemeinschaftlich beiden Classen ist bloß, daß die Befriedigung des Einen Alle befreit; Alles übrige ist verschieden. Verschieden vor allen Dingen ist ihre Entstehung; bei der ersten Classe liegt ein Versprechen zum Grunde, bei der zweiten die Pflicht zur Ersatzleistung. Verschieden ferner ist die Art der solidarischen Haftung; bei der ersten Classe stammt die Solidarität aus der Untheilbarkeit des geschuldeten Gegenstandes, mit dieser steht und fällt sie, d. h. sie hört auf, wenn (ohne daß

Culpa hinzugetreten) es zur Interesseleistung kommt; bei der zweiten Classe stammt die Solidarität aus der Pflicht, für Handlungen (eigne oder fremde) einzustehen, die Geldcondemnation kann hierauf keinen Einfluß haben. Ja, sogar wo beide Arten von Solidarobligationen mit einander conform gehen, ist wenigstens eine Verschiedenheit in den Motiven wahrzunehmen; denn die einmalige Befriedigung befreit bei der ersten Classe deshalb Alle, weil die Erfüllung bloß einmal versprochen worden ist, bei der zweiten Classe, weil nach einmaliger Ersatzleistung kein Schade mehr vorhanden ist. Und wenn es endlich, wie im §. 16. auszuführen versucht wurde, zwei Hauptgruppen von Obligationen giebt (auf Erweiterung und auf Erhaltung der Integrität des Vermögens), so hat unsre Scheidung der Solidarobligationen, welche jenen Gegensatz wiederspiegelt, schon um deshalb einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit für sich. — —

Es versteht sich übrigens von selbst, daß in einem und demselben Rechtsverhältniß eine Solidarobligation erster und zweiter Gattung concurriren kann, wie ja nach unsrer Bemerkung auf S. 210. 211. Obligationen zur Erweiterung und zur Erhaltung des Vermögens neben einander vorkommen können. Man nehme folgendes Beispiel. Mehrere versprechen eine Servitut an einem Grundstück zu bestellen; auf die Giltigkeit der Obligation ist es ohne Einfluß, ob sie Eigenthümer des Grundstücks sind oder nicht, wohl aber auf ihre Verbindlichkeiten. Sind sie nicht Grundeigenthümer, und sind ihre Bemühungen, den Grundeigenthümer zur Bestellung der Servitut zu bewegen, fruchtlos geblieben, so haften sie, da es nunmehr zur Geldcondemnation kommt, bloß proratarisch, denn ihre Verpflichtung stammt aus einem Versprechen, nicht aus einer ihnen zuzurechnenden Handlung. Sind sie Grundeigenthümer und weigern sie die Bestellung, oder veräußern sie das Grundstück, so daß sie sich in die Unmöglichkeit versetzen, die versprochne Servitut zu bestellen (dies ist der Fall der l. 25. §. 10. fam. erc. 10,2; s. oben S. 216—218.), so haftet jeder wegen der Weigerung resp. Veräußerung, und deshalb solidarisch. Dasselbe findet Statt, wenn sie Nichteigenthümer sind und sich nicht bemühen, den Eigenthümer zur Bestellung der Servitut zu bewegen; denn ihre Verhaftung entspringt

hier aus ihrer Unthätigkeit, während sie — das ist offenbar der Sinn jenes Versprechens, da es andernfalls nichtig ist — zur Thätigkeit verpflichtet sind

3. §. 18. Die Correalobligation. Gesammt- und Sonderobligation.

Es ist längst aufgefallen, daß die Quellen die Correalobligation nur in der Gestalt der Stipulation entwickeln. Zwar hat man dies einerseits dadurch zu erklären gesucht, daß man auf die Bedeutung der Stipulation im Römischen Rechtsverkehr hinwies, andrerseits hat man sich auf l. 9. pr. de d. r. 45, 2. berufen, nach welcher die Abrede der Correalität bei allen Contracten, ja auch bei der testamentarisch begründeten Obligation (Legat) hinzugefügt werden kann. Indeß glauben wir uns nicht dabei beruhigen zu können; denn wenn der Entstehungsgrund der Obligation, wie §. 16. ausgeführt wurde, auf die Natur derselben und ihren Inhalt den bedeutendsten Einfluß ausübt, so bliebe es immerhin auffallend, daß man die Correalität bloß bei den Obligationen aus einem Versprechen entwickelte, und die hier gefundnen Rechtssätze schlechthin auch auf die Obligationen aus Handlungen übertrug.

Ganz anders wenn man die Stipulation als Vertreterin der Obligation aus einem Versprechen auffaßt; dann kommt man zu dem Schluß, daß bei der andren Obligationenclasse Correalität nicht vorkam, und wenn man uns hingegen einwenden wird, daß ja nach l. 9. pr. cit. auch bei Depositum und Commodat die Correalität verabredet werden kann, so erwiedern wir, daß der §. 1. der Lex einen Fingerzeig für diese auffallende Erscheinung giebt. Im §. 1. lehrt nämlich Papinian, daß, wenn zugleich mit der Correalitätsabrede festgestellt würde, daß der eine Depositar nur für culpa lata, der Andre für culpa levis haften solle, keine Correalobligation wegen Ungleichheit der Verpflichtungen[1]) entsteht:

sed si quis in deponendo penes duos paciscatur, ut ab altero culpa quoque praestaretur, verius est, non esse duos reos,

1) Hierüber vgl. unten §. 23.

a quibus impar suscepta est obligatio. Non idem probandum, quum duo quoque culpam promisissent, si alteri postea pacto culpa remissa sit, quia posterior conventio, quae in alterius persona intercessit, statum et naturam obligationis, quae duos initio reos fecit, mutare non potest.

Warum knüpft Papinian an den Fall des Depositum an? Warum nicht an den viel häufigeren Fall des Kaufs oder der Miethe? Es scheint, daß Papinian darauf aufmerksam machen wollte, zu welchem Zweck die Abrede der Correalität einem Depositum beigefügt wurde; der Zweck ist, die gesetzliche Haftbarkeit der Depositare zu vergrößern; sie sollen versprechen, die Folgen von Handlungen tragen zu wollen, die ihnen gesetzlich nicht imputirt werden. Ist diese Auslegung richtig, so kommt auch bei Depositum und Commodat die Correalität nur bei Gelegenheit einer hinzutretenden Obligation aus einem Versprechen [1]) vor.

Dies vorausgeschickt, so entsteht die Frage, warum nur bei denjenigen Obligationen, die auf einem Versprechen beruhen, die Correalität vorkommt. Die Antwort hierauf ist: weil sie nur hier einen Vortheil gewährt. Bei den an sich theilbaren Obligationen, die sämmtlich durch Versprechen entstehen, ist jeder der mehreren Gläubiger resp. Schuldner von Anfang an Theilgläubiger resp. Theilschuldner; bei den Solidarobligationen erster Art wird er es dann, wenn es zur Geldcondemnation kommt. Dieser Theilung soll durch die Correalitätsabrede vorgebeugt werden [2]). Bei den

1) Die l. 1. §. 44. dep. 16, 3, bei welcher ein Versprechen über die gesetzlichen Grenzen fehlt, wird u. E. mit Unrecht von Savigny (Obl. R. 1, 155. N. w.) als Beweis für eine Correalobligation bei Depositum angeführt; sie enthält bloß ein Solidardepositum, z. B. zwei Mandatare deponiren die Sache, die sie durch Mandat erworben, hier geht das Interesse eines Jeden (ähnlich wie bei der Sequestration l. 17. pr. dep. 16, 3.) auf die ganze Sache.

2) l. 11. §§. 1. 2. de d. r. 45, 2: Quum tabulis esset comprehensum, illum et illum centum aureos stipulatum, neque adjectum, ita ut duo rei stipulandi essent, virilem partem singuli stipulati videbantur. Et e contrario, quum ita cautum inveniretur „tot aureos recte dari stipulatus est J. Carpus; spopondimus ego A. Achilleus et C. Dius", partes viriles deberi, quia non fuerat adjectum, singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent.

Solidarobligationen zweiter Art hingegen haftet jeder Schuldner [1]) zu jeder Zeit aufs Ganze; hier die Correalität feststellen, wäre nicht bloß überflüßig, sondern schädlich gewesen; denn es würden z. B. durch die Grundsätze des alten Rechts über processualische Comsumtion bei Belangung des Einen die Uebrigen frei werden, mithin statt der Verstärkung der Haftung eine Abschwächung eintreten.

So ist selbst, wenn nicht schon die ganze Anlage der Correalobligation darauf hinwiese, in der Darstellungsweise der Quellen ein Anhaltspunkt für die Behauptung gewonnen, daß es die Aufgabe der Correalobligation ist, die Theilung einer Obligation in mehrere proratarische zu verhindern.

Welche juristische Construction ist zur Lösung dieser Aufgabe nothwendig? Daß man dazu durch Eine Obligation oder durch mehrere gelangen kann, liegt auf der Hand; allein ist Beides (eine oder mehrere Obligationen) in gleicher Weise zuläßig?

Brinz, hier wie sonst der Alles gründlich durchdenkende Skeptiker, dessen Skepticismus reich an Resultaten ist, hat die Frage aufgeworfen: warum Correalität, nicht Solidarität? „Wenn größre Sicherheit zum wahren practischen Grund der Correalobligation gehört, warum hat man nicht lieber noch größre Sicherheit gewollt? Noch größre Sicherheit aber wäre erzielt worden, wenn man statt der einen Obligatio mehrere, statt der Correalobligation ein bloß solidarisches Schuldverhältniß construirt hätte; bei der Correalobligation verlor der Gläubiger die übrigen Schuldner schon durch bloße Klaganstellung; bei bloß solidarischem Schuldverhältniß würden bis zur Zahlung Alle fortgehaftet haben, während die Bequemlichkeit der Rechtsverfolgung dieselbe blieb" [2]). Brinz antwortet: weil materiell nur Eine Obligation vorhanden, die Mehrheit der Obligationen nur Form ist [3]). Am klarsten sieht dies Brinz im Bürgen ausgedrückt, welcher die Obligation des Hauptschuldners übernimmt, und deshalb als sein Vertreter erscheint; nicht minder liege dieselbe Vertretungsidee der Adstipulation zu Grunde, aber auch in der

1) Eine Mehrzahl von Gläubigern kommt bei den Solidarobligationen zweiter Art in der Regel nicht vor.

2) Krit. Bl. 4, 8.

3) Krit Bl. 4, 18 ff.

duo rei credendi vel debendi ist nach Brinz der Eine Vertreter des Andren; „jeder correus debendi hat zunächst zwei Schulden, jeder schuldet einen Theil der Summe im eignen, einen Theil in fremdem Namen, aber diese Mehrheit der Schulden (in einer und derselben Person) verschwindet vor der Form der Stipulation, welche jeden das Ganze auf einmal promittiren läßt“ [1]). Aehnlich sieht Brinz das Verhältniß mehrerer correi credendi an: ein Theil der erworbenen Forderung ist fremdes Gut.

Die Ansicht von Brinz leidet an einem Fehler [2]), der bereits von Windscheid, Kuntze und Fitting [3]) zur Sprache gebracht worden ist. Sie führt nämlich nicht zu einer einzigen (Correal-) Obligation, sondern zu mehreren (Solidar-) Obligationen. Wenn wirklich jeder bloß Theilschuldner resp. Theilgläubiger und für den andren Theil bloß Vertreter der Genossen ist, so ist Jedem zu seinem Theil der Theil des Andren hinzugelegt, und es müssen Solidarobligationen entstehen. Mit Unrecht stellt Brinz die Bürgen und Adstipulatoren einerseits und die duo rei andrerseits zusammen; das Vertretungsprincip führt allenfalls [4]) bei erstren, nimmermehr aber bei letztren zu einer einer einzigen Obligation; denn nur bei erstren sind nicht mehrere

1) A. a. O. S. 23.

2) Uebrigens mag noch gegen Brinz auf l. 34. pr. de rec. 4, 8. recurrirt werden; hier heißt es, wenn ich und mein Socius Correalgläubiger sind und letztrer klagt, daß „meo nomine petitur“, nicht aber wenn eine Correalforderung ohne Societät entstanden ist.

3) Windscheid in Münchner krit. Ueberschau 6, 227—229. 232. 233. Kuntze Obl. und die Singularsucc. S. 128. Fitting Corr. S. 6 ff. Anm. 9; vgl. auch Samhaber Zur Lehre v. d. Corr. S. 34. — Dahingegen Arndts Pand. §. 213. Anm. 3. tritt Brinz bei, indem er die Modification hinzufügt: „das Characteristische in der Correalobligation ist, daß darin der andren Partei gegenüber die Vertretung nicht hervortritt, sondern jeder eben für dasselbe Ganze als Selbstgläubiger oder Schuldner erscheint“. Aehnlich aber hatte schon Brinz geschrieben (a. a. O. S. 25): „der Gang der Dinge scheint es zu wollen, daß, wo wir förmliche Correalobligation haben, ihr Grund und Gedanke zurücktritt, daß dagegen da, wo dieser vorliegt, die Form fehlt“. Mit dieser Bemerkung ist, wenn man genau hinsieht, den Römern der Vorwurf gemacht, daß sie einen bestimmten Gedanken nicht in der passenden Form ausgedrückt, dahingegen die Form auch ohne den Gedanken angewendet haben.

4) Daß aber auch hier keine Correalobligation vorhanden ist (wegen Verschiedenheit des Inhalts der Obligation), wird unten §. 22. gezeigt werden.

Theilobligationen vorhanden, sondern die eine ungetheilte Obligatio wird auf ein zweites Subject bezogen. Das ist der Inhalt der Entgegnung der oben genannten Schriftsteller; Windscheid namentlich betont, daß im Sinne der Parteien (oder des Gesetzes, wie er hinzufügt) nur Eine Schuld vorhanden ist, welche zwischen den mehreren Personen, welche sie angeht, nicht gespalten werden soll.

Fast scheint es, als ob vom Windscheid'schen Standpunkt[1]) aus die Einheit der Correalobligation erklärt ist; es handelt sich bei Windscheid nicht wie bei Brinz um mehrere Schulden, die nachdem sie gespalten zusammengelegt werden, sondern um Eine Schuld, die nicht gespalten wird, daher — so scheint es — Eine Obligatio.

Und doch stellen sich dieser Annahme gewichtige Bedenken entgegen. Nach Windscheid tritt kraft Willens der Parteien keine Spaltung der Schuld ein, während sie streng genommen nach dem Gesetz eintreten müßte. Allein ist es wirklich den Parteien gestattet den Satz »nomina sunt ipso jure divisa«, der — was wohl zu beachten ist — in den zwölf Tafeln stand[2]), abzuändern resp. im besondern Falle außer Anwendung zu setzen? Mit demselben Recht, mit welchem von einer Servitutobligation gesagt wird: »non dividitur quia nec dividi potest«, muß man von einer Eigenthumsobligation behaupten »dividitur quia dividi potest«. Ein andres Belieben der Parteien würde u. E. als dem Gesetz entgegen keine Beachtung finden dürfen.

Aber selbst zugegeben, was wir soeben geleugnet haben, so ist doch durch die Abrede der Parteien kein andres Resultat herbeigeführt, als daß der Gegenstand der Obligation ein ungetheilter ist. Einen ungetheilten Gegenstand dürfen wir wohl unbedenklich einem untheilbaren gleichstellen. Nun entstehen bekanntlich, wenn es sich um einen untheilbaren Gegenstand handelt, mehrere Solidarobligationen; für den ungetheilten Gegenstand würde derselbe behauptet werden müssen, und so kommt man vom Windscheid'schen Standpunkt doch wiederum zu denselben Consequenzen, zu denen die Anschauung von Brinz hinführt.

1) Samhaber a. a. O. S. 151. folgt ihm wesentlich.

2) Huschke (Gaius S. 75) behauptet sogar, die 12 Tafeln hätten ihn zuerst eingeführt; vorher habe jede Obligation den Gläubigern in solidum zugestanden.

In der That, um von dem Ausgangspunkt von Brinz „es ist materiell Eine Obligatio", oder dem von Windscheid „die Obligation soll nicht gespalten werden" zu der einigen Correalobligation zu gelangen, bedarf es noch eines Zwischengedankens, und dieser kann kein andrer als der Begriff des Gesammtrechtsverhältnisses sein; die Correalobligation ist das Gesammtrechtsverhältniß im Obligationenrecht. Soll eine einzige Obligation entstehen, so müssen die mehreren Gläubiger oder Schuldner in eine Einheit zusammengefaßt werden; diese durch den Willen geschaffne Einheit wird Gläubiger und Schuldner; es existirt demnach von vornherein nur eine einzige, auf das Ganze gerichtete Obligation; die Entstehung sowohl von mehreren Theil- als von mehreren Solidarobligationen ist auf diese Weise verhindert. Damit ist auch die Antwort auf die Frage von Brinz „warum Correalität, nicht Solidarität?" (s. oben S. 227.) gegeben. Die Anwendung des Satzes »nomina sunt ipso jure divisa« ist nur dadurch zu vermeiden, daß ein neues Rechtssubject geschaffen wird; ist aber dies der Fall, so folgt die Einheit der Obligation mit Nothwendigkeit.

Nunmehr aber entsteht die Frage: wie soll das Verhältniß dieses neu geschaffnen Rechtssubjects zu den einzelnen Correi gestaltet werden? welche Stellung zu der Obligation ist den einzelnen Correi anzuweisen? Die Argumentation, welche oben bei Darstellung der Gesammtservitut[1]) ausgeführt wurde, ist hier zu wiederholen. Der erste und einfachste Weg war der, es bei der Gesammtobligation zu belassen, d. h. darüber hinaus nichts zu thun. Die mehreren Correi waren in eine Einheit zusammengefaßt worden; man konnte sie weiterhin nur als Einheit gelten lassen; dann mußte die Erfüllung von Allen und an Alle geschehen, die Aufhebung der Obligation Seitens Aller vor sich gehen, im Proceß durften nur Alle auftreten, nur wenn Alle gemahnt wurden, war Mora vorhanden u. s. w. So gewiß diese Construction nichts Unlogisches enthält, so gewiß war sie unpractisch[2]). Denn einmal verfolgt jeder

1) Abschn. 4. §. 12. S. 153. 154; s. auch Abschn. 1. §. 3. S. 73—80.

2) Bereits ist ein solch unpraktisches Institut durch die Vorschriften des Allg. Preuß. Landrechts Th. 1. Tit. 5. §. 450 ff. zu Tage gefördert, wonach

Correus hier wie bei jedem Gesammtrechtsverhältniß eigne Zwecke; für sich will er die Forderung haben, sich selbst verpflichten; dieser eigne Zweck verlangt die freie Bewegung des einzelnen Correus innerhalb der Obligation [1]). — Sodann aber hat jeder Correus neben der Correalobligation unzählige andre Rechtsverhältnisse, deren Mittelpunkt er allein bildet, an welchen die andren Correi nicht Theil nehmen; es ist nothwendig das Verhältniß dieser anderen Rechtsverhältnisse zur Correalobligation zu bestimmen; thut man dies nicht, so erhält man neben einander incommensurable Größen: der einzelne Correus ist bald ein selbständiges Rechtssubject, bald das Glied einer mit Andren (den Correi) eingegangnen Verbindung.

Die Erwägung dieser Motive führt zu folgendem Resultat. Nach der Absicht der Contrahenten sollte jeder Correus selbständig obligiren resp. obligirt werden; die Obligirung wäre aber nach dem Satze »nomina sunt ipso jure divisa« nur pro parte geschehen; dies zu vermeiden geschah die Zusammenfassung der Mehreren in eine Einheit; entsteht jetzt die Frage nach der rechtlichen Stellung des einzelnen Correus, so muß sie dahin beantwortet werden, daß jeder selbständig, aber nicht pro parte, sondern in solidum berechtigt

---

Correalgläubiger nur in Gemeinschaft mit einander handeln dürfen. Die Preußischen Juristen finden diese Vorschriften nicht unlogisch, sondern unpractisch, und ringen mühevoll danach, den Grundsatz zu überwinden; die Schriftsteller leisten ihr hilfreichen Beistand; beide scheuen sich um des guten Zweckes halber nicht, von einem schlechten Mittel Gebrauch zu machen; sie berufen sich nämlich auf eine Stelle in der Preuß. Gerichtsordnung über Aufnahme von Klagen! (Siehe die Literatur bei Samhaber Corr. S. 215 ff.). Doch mag auch ein Römer es für bedenklich gehalten haben, daß wenn man nicht alle Correalgläubiger zusammen handeln läßt, ein einziger die übrigen um ihr ganzes Recht bringt, daher ist zu erklären, daß Venulejus in l. 31. §. 1. de nov. sagt: *fere* autem convenit et uni recte solvi... Helmolt (Corr. S. 137 ff.) und der ihm folgende Sintenis (Civilr. II, 128. N. 17.) behaupten auf Grund dieser Ler, daß die Wirkung der einzelnen Aufhebungsarten nicht auf eine consequente Doctrin sondern auf den Willen der Contrahenten gestützt wurde; daher seien die Römer uneinig gewesen. Dabei übersehen sie, daß das fere convenit sich selbst auf die Solutio bezieht, und sie werden doch nicht behaupten, daß, wenn die Erfüllung bloß einmal geschieht, dies nicht in Rechtssätzen seinen Grund hätte!

1) Wo sollte man, solange es kein forum contractus und connexitatis gab, mehrere Correalschuldner, die nicht denselben ordentlichen Gerichtsstand hatten, belangen? Wie sollte die Culpa eines einzelnen Correus beurtheilt werden?

resp. verpflichtet ist, nur daß er neben sich den Genossen als ebenso berechtigt anerkennt, resp. als ebenso verpflichtet behauptet; mit andren Worten: die Gesammtobligation hat gerade soviel Sonderobligationen erzeugt, als Correi vorhanden sind:

l. 9. §. 2. de d. r. 45, 2: in cujusque persona *propria* singulorum consistit obligatio;

l. 31. §. 1. de nov. 46, 2: ex quibus colligitur *unumquemque* perinde *sibi* acquisiisse, ac si solus stipulatus esset; *excepto eo quod etiam facto ejus, cumquo cummune jus stipulantis est, amittere debitorem potest* [1]).

Die Sonderobligationen sind das nothwendige Product der Gesammtobligation; die Gesammtobligation ist das primäre, die Sonderobligationen das secundäre; ohne die erstre sind die letztren nicht denkbar, da sie in jener ihren Grund haben. Die Sonderobligation ist die Gesammtobligation vom Standpunkt des einzelnen Correus; sie ist eine »species obligationis« (§. 20); alle Sonderobligationen zusammen aber ergeben die Gesammtobligation; denn in jeder einzelnen Sonderobligation findet sich gleichsam eine Lücke, jeder Correalgläubiger behauptet zwar, voller Gläubiger zu sein, nicht aber will er allein Gläubiger sein, sondern er erkennt die Berechtigung seiner Genossen an, und jeder Correalschuldner behauptet zwar voller Schuldner zu sein, nicht aber will er allein Schuldner sein, sondern er behauptet, daß wie er seine Genossen verpflichtet seien, und daß er demgemäß durch deren Leistung befreit werde. Diese Lücke verschwindet, wenn man die Sonderobligationen gleichsam addirt; die Summe, welche diese Addition ergiebt, ist die Gesammtobligation; das wird durch die Bezeichnung »tota obligatio, tota res« später (§. 20) erwiesen werden.

---

1) Diese letzten Worte bestätigen die Behauptung: jeder Correalgläubiger erkennt neben sich den Genossen als gleichberechtigt an; denn die Berechtigung im Gesammtrechtsverhältniß ist keine absolute, sondern eine relative; s. oben Abschn. 1. §. 3. S. 78. 79.

4. §. 19. Verhältniß der Gesammtobligation und der Sonderobligationen. Sog. objectiver Bestand und subjective Beziehung.

Im nächstfolgenden §. 20. werden wir aus dem Sprachgebrauch der Quellen die Gesammtobligation und die Sonderobligationen nachweisen. Jetzt befinden wir uns noch immer in dem Stadium, wo wir a priori und vom allgemeinen Standpunkte aus diejenigen Rechtsgrundsätze zu erforschen suchen, die mit Nothwendigkeit aus dem Begriff und Wesen der Correalobligation hervorgehen. Hierfür bieten uns die Quellen in der uns vorliegenden Gestalt bekanntlich nur wenig Anhalt; denn wenn die Römischen Juristen mit allgemeinen Begriffen überhaupt nicht gerade häufig operirt zu haben scheinen, so haben jedenfalls die Compilatoren, was sich in den Schriften der Juristen an Deductionen vorfand, in ihr Werk nur selten aufgenommen. Nothgedrungen also lassen wir die Quellen vorläufig bei Seite, und führen noch immer unsre eignen Gedanken vor. Wenn es auf den Beweis der also gewonnenen speziellen Rechtssätze ankommen wird, werden wir die Quellen reden lassen.

Wir unterscheiden in der obligatio communis [1]) (Correalobligation) eine Gesammtobligation und mehrere Sonderobligationen wie in der servitus communis [2]) eine Gesammtservitut und mehrere Sonderservituten, aber das Verhältniß der Sonderobligationen unter einander ist häufig ein andres als das der Sonderservituten. Zwar verfolgen alle in einem Gesammtrechtsverhältniß stehenden Personen eigne Zwecke und eignes Interesse; und deshalb kann ein jeder Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks die Servitut ausüben, einklagen (nur die Remission ist ihm verboten), und jeder Miteigenthümer des dienenden Grundstücks ist der richtige Verklagte. Allein dieses eigne Interesse kann doch, wenn das Grundstück intellectuell getheilt ist, niemals verfolgt werden, ohne das Interesse der Genossen zu berühren; eine pars pro indiviso kann eine Servitut weder haben noch gewähren [3]); nur für das ganze und an dem ganzen Grundstück findet die Servitut Statt

1) Ueber diesen Ausdruck s. unten §. 20.
2) Ueber diesen Ausdruck s. oben Abschn. 4. §. 12. S. 156.
3) S. oben Abschn. 4. §. 7. S. 133 ff. §. 12. S. 153 ff.

und wird sie ausgeübt; und hieraus ergiebt sich der Folgesatz, daß alle Ereignisse, welche eine Sonderservitut betreffen, zugleich alle andren Sonderservituten berühren [1]). Bei der reellen Theilung des herrschenden Grundstücks schwindet das Motiv und deshalb auch der darauf ruhende Rechtssatz; weil hier keine Verbindung zwischen den herrschenden Grundstücken besteht, so geht jede Sonderservitut in der Regel ihren eignen Weg [2]). Das Gleiche gilt von Anfang an zwischen mehreren Personen, denen der ganze Ususfructus per vindicationem legirt ist [3]). So dürfen wir denn auch in der Correalobligation als Regel erwarten, daß die rechtlichen Vorgänge nur die einzelne Sonderobligation berühren, die übrigen Sonderobligationen hingegen unberührt lassen.

Diese Regel darf jedoch in einer Beziehung nicht angewendet werden, vielmehr muß hier der rechtliche Act, welcher die eine Sonderobligation betrifft, auf die übrigen Sonderobligationen hinüberwirken; jene Beziehung ist die Geltendmachung der Obligation; dieselbe kann eine doppelte sein, entweder die Erfüllung oder die Verfügung; beide hängen mit der am Ende des §. 18. dargestellten Lückenhaftigkeit der einzelnen Sonderobligationen zusammen.

1) die Erfüllung. Es ist kein Zweifel, daß jeder Correalgläubiger auf Grund seiner Sonderobligation zur Empfangnahme der Zahlung berechtigt ist; er handelt dabei nicht als Stellvertreter der Gesammtheit, sondern als Sondergläubiger:

l. 128. de v. o. 45, 1. (Paul.): non alterius (sc. correi) nomine ei solvitur sed suae obligationis;

durch diese Empfangnahme aber geht nothwendiger Weise nicht bloß seine eigne, sondern auch alle übrigen Sonderobligationen, kurz das ganze Rechtsverhältniß (tota obligatio, tota res) unter; denn die Genossen gestehen ihm ja seine volle Berechtigung zur Zahlungsannahme zu; die einfache Consequenz hieraus ist, daß die Zahlung die Rechte Aller tilgt. Ebenso verhält es sich bei der passiven Correalobligation; der Correalschuldner zahlt nicht als Stellvertreter der Gesammtheit, sondern als Sonderschuldner; nun sind aber die

1) S. oben Abschn. 4. §. 12. S. 153—163.
2) S. oben Abschn. 4. §. 12. S. 163—169.
3) S. oben Abschn. 4. §. 13. S. 178.

übrigen Correalschuldner nur in der Weise verpflichtet, daß die Erfüllung bloß einmal zu geschehen braucht; hieraus folgt, daß durch die Erfüllung alle Sonderobligationen aufhören. — Daß diese Grundsätze aber nicht bloß bei der wahren Erfüllung, sondern auch bei der imaginaria solutio, welcher in der Acceptilation liegt, zur Anwendung kommen müssen, darüber s. §. 27.

2) Die Verfügung. Die gewöhnliche Ausübung der Obligation geschieht dadurch, daß dem Gläubiger gezahlt wird; es giebt aber noch eine andre Ausübung, die sich als Verfügung über die Obligation bezeichnen läßt. Sowie der Eigenthümer nicht bloß durch Benutzung und Besitz, sondern auch durch Veräußerung und Vernichtung der Sache von dem Rechte des Eigenthums Gebrauch macht, so kann auch der Gläubiger seine Obligation veräußern oder vernichten, wie dies dann der Fall ist, wenn er sie novirt, cedirt, durch contrarius consensus mit dem Schuldner sie aufhebt[1]). Jeder Correus ist vermöge seiner Sonderobligation berechtigt, das gesammte Rechtsverhältniß aufzuheben; wollte man ihm die Berechtigung hiezu absprechen, so würde man sein Gläubigerrecht illusorisch machen, er wird in den meisten Fällen die Obligation nicht cediren noch delegiren können, da sich selten Jemand mit ihm darauf einlassen wird, durch die Cession oder Delegation bloß eine Sonderobligation zu erhalten, und ebensowenig wird der Schuldner sich dazu verstehen, einem Correalgläubiger einen neuen Schuldner zu stellen, wenn er selbst noch den übrigen Gläubigern verhaftet bleibt:

> l. 31. §. 2. de nov. 46, 3 (Venul.): Secundum quae si unus ab alio quo stipuletur, novatione quoque eum liberare poterit, quum id specialiter agit, eo magis quum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus; *alioquin quid dicemus*, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem isque ab eo stipulatus fuerit, aut mulier eundem jusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi doti debitum promiserit? nam debitor ab utroque liberabitur.

Allein eine andre Frage ist es, ob der Gläubiger im concreten Falle alle Sonderobligationen aufheben wolle; verfügt der Correalgläubiger

1) Die Acceptilation gehört nicht hierher, vielmehr ist sie imaginaria solutio.

über die Obligation, so ist er möglicherweise Willens, über alle Sonderobligationen zu verfügen, möglicherweise will er aber nur seine eigne Sonderobligation aufheben; nichts steht im Wege, daß der eine oder der andre Erfolg herbeigeführt werde; denn das ist der Unterschied zwischen der Erfüllung einer Correalobligation und der Verfügung über eine solche, daß jene (die Erfüllung) mit Nothwendigkeit das ganze Rechtsverhältniß aufhebt, diese (die Verfügung) nur dann, wenn der Verfügende es will; wir haben es mit Sonderobligationen zu thun, die der Regel nach ihren eignen Weg gehen, und nur, wenn ein besondrer Umstand hinzutritt, in Wechselbeziehung stehen; dieser Umstand wirkt je nach seinem Inhalt: die Erfüllung, weil nur einmal Zahlung versprochen ist, immer für und gegen Alle, die Verfügung je nach dem Willen des Verfügenden bald für und gegen Alle, bald für und gegen Einen. Zwar läßt sich behaupten, daß in den meisten Fällen der Gläubiger über alle Sonderobligationen verfügen will, weil er meistens nicht anders einen gehörigen Gebrauch von der Obligation machen kann; dennoch sind Fälle entgegengesetzter Art möglich, z. B. der Correalgläubiger verfügt über die Obligation, um zu schenken, will aber zugleich seinen Mitgläubigern nichts vergeben; oder ein Correalschuldner stellt dem Gläubiger einen neuen Schuldner, der Gläubiger will aber die übrigen Correi noch verhaftet wissen.

Ueber die Erfüllung und Verfügung hinaus hingegen äußern die einzelnen Sonderobligationen keinen Einfluß auf einander. Zwar könnte man darauf hinweisen, daß auch bei der Klage und dem Eide die Litiscontestation und der Schwur des einen Correus nach altem Recht für resp. gegen alle Correi Wirkungen äußert, und man möchte daraus den Schluß ziehen, daß auch in diesen Fällen der Rechtsact, welcher eine Sonderobligation betrifft, auf die übrigen Sonderobligationen zurückwirkt; es wird indeß in den §§. 33. 34. nachgewiesen werden, daß diese Wirkung nicht auf eine Rückwirkung der einen Sonderobligation auf die andre, sondern vielmehr auf den Zusammenhang der Sonderobligationen mit der Gesammtobligation zurückzuführen ist. — —

Soweit unsre Auffassung. Die herrschende Einheitstheorie nimmt einen ganz entgegengesetzten Standpunkt ein; sie behauptet

1) daß jeder rechtliche Vorgang auf alle Correi wirken müsse, und da sie in gewissen Rechtsacten das Gegentheil verordnet findet, so hat sie
2) jene nunmehr übel berüchtigte Scheidung des objectiven Bestandes und der objectiven Beziehung der Correalobligation aufgestellt.'

Beide Behauptungen sind nicht haltbar.

Denn — was die erstre Behauptung betrifft — die einheitliche Natur der Correalobligation, welche auch nach unsrer Ansicht in der Gesammtobligation existirt, verlangt nicht, daß die Rechtsacte auf alle Correi zugleich wirken; die Gesammtobligation ist ein bloßes Mittel zum Zweck; ohne sie wären mehrere Theilobligationen entstanden; sie ermöglicht es, daß nunmehr mehrere Sonderobligationen in solidum vorhanden sind; die Gesammtobligation ist ein bloßes Durchgangsstadium, die Sonderobligationen in solidum das Ziel; wie also dürfte jene nach Erreichung des Zieles noch fortdauernd die Wirksamkeit der einzelnen Rechtsacte bestimmen und beherrschen, welche später im Verlauf der Dauer der Obligation sich ereignen? Damit steht nicht in Widerspruch, daß wir oben bei der Erfüllung und Verfügung eine Rückwirkung der einen Sonderobligation auf die übrigen angenommen haben; diese Folge ergiebt sich unmittelbar aus dem Inhalt der Sonderobligationen (daraus nämlich, daß jede Sonderobligation gleichsam eine Lücke hat), und muß deshalb auch auf die Fälle beschränkt werden, wo diese Lücke in Anschlag kommt, also auf die Erfüllung und Verfügung; erst mittelbar läßt sich diese Erscheinung auf die Gesammtobligation zurückführen; jene Lücke nämlich, die sich in jeder Sonderobligation vorfindet, stammt daher, daß die Sonderobligationen das Product der Gesammtobligation sind.

Um nun aber zu der zweiten von der herrschenden Ansicht aufgestellten Behauptung (der Scheidung zwischen dem objectiven Bestand und der subjectiven Beziehung der Obligation) überzugehen, so ist ihr vor Allem der Vorwurf gemacht worden, daß sie nicht innerlich begründet worden ist [1]). „Die Erscheinung war es, welche

1) Keller (Litiscont. S. 447) hatte eine Erklärung versucht, indem er die

hätte erklärt werden sollen: man hätte uns zeigen sollen, warum ausnahmsweise capitis deminutio u. s. w. in der Correalobligation bloß die Person treffen; nun aber machte man den Gegenstand der Erklärung zugleich zum Erklärungsgrund und sagte: capitis deminutio, confusio u. s. w. treffen innerhalb der Correalobligation bloß die Person, weil sie bloß die Person treffen". Dies sind die Worte von Brinz[1]), einem Anhänger der Einheitstheorie. Zwar hat man später den Versuch gemacht, jene Scheidung zu erklären; derselbe ist aber u. E. nicht befriedigend ausgefallen. Was Savigny in dieser Beziehung beim pact. de non pet. ausführte, wird später im §. 25. erörtert werden; hier soll nur von den Ansichten von Brinz und Bekker die Rede sein. Brinz[2]) meint, die objectiv wirkenden Vorgänge seien sämmtlich negotia über die Correalobligation, nicht hingegen die bloß subjectiv wirkenden; da aber das pact. de non petendo dieser Auffassung widerspricht, so erklärt er dessen Wirkung als einen „Nothbehelf", eingeführt um manente obligatione einen Gläubiger oder Schuldner aus der Obligation ausscheiden zu lassen; ja, die subjective Wirkung der Mora hielt Brinz in seinen kritischen Blättern geradezu für unerklärlich; in seinem Pandectenlehrbuch (S. 618. 619) vergleicht er Mora mit Litiscontestatio, jene enthalte eine außergerichtliche, diese eine gerichtliche Anforderung, nur daß die erstre keine Consumtion nach sich ziehe. Allein gerade deshalb ist u. E. die Vergleichung unzuläßig: die Wirkung der Litiskontestation beruht ja darin, daß in ihr eine Consumtion und als Ersatz dafür die Contrahirung einer Proceßobligation liegt (judicio contrahitur). Brinz selbst giebt das Precäre seiner Argumentation zu, indem er schreibt: „damit wollen wir nicht behaupten, daß diese Behandlung der Mora eine Nothwendigkeit war; ... allein es genügt, daß sie an der Litiscontestation einen Anhalt hat". Nimmt man noch hinzu, daß nach Huschkes

---

Unterscheidung auf die exc. personae und rei cohaerentes zurückführte; allein Ribbentropp (Corr. S. 23. Anm. 2. S. 26. Anm. 5) zeigte, daß dies unhaltbar sei.

1) Krit. Bl. 4, 5.

2) Krit. Bl. 4, 31 f.

gewiß richtiger Ansicht[1]) selbst die Novation möglicherweise bloß persönlich wirkt, so wird man Brinz nicht beitreten. Bekker[2]) ferner setzt die subjective Wirkung der cap. deminutio u. s. w. unmittelbar mit seiner Auffassung der Correalobligation („Eine Verbindlichkeit mit mehreren Klagen") in Verbindung, indem er bemerkt: „als unmittelbare Folge des Wesens der Correalobligation nach unsrer Auffassung erscheint auch, daß die Mora nur dem einzelnen Reus schadet, und ebenso cap. dem. und pact. de non pet. nur den einzelnen befreien". Wir müssen aber behaupten, daß, selbst Bekkers Grundanschauung zugegeben, jener Schluß keineswegs gerechtfertigt ist.

So haben denn die Gegner der Einheitstheorie fortdauernd jene Unterscheidung aufs heftigste angegriffen. „Der objective Bestand und die subjective Beziehung der Obligation sind Begriffe, welche in der Luft schweben", „nichts ist damit erklärt", „nur der Verdunkelung der Begriffe wird damit Vorschub geleistet", „einen Begriff davon kann man sich nicht bilden". Dies sind Rückert's[3]) Worte, und nicht minder scharf urtheilt Fitting[4]) („das heißt im Grunde genommen sagen: gewisse Aufhebungsthatsachen wirken bloß subjectiv, weil sie bloß subjectiv wirken"), urtheilt Fritz[5]), indem er jene Unterscheidung als „die schwächste Seite der herrschenden Theorie" bezeichnet.

Unsrer Ansicht nach ist die Trennung von objectivem Bestand und subjectivem Bestand an sich nichts Unlogisches. Man kann sie auf Rechte aller Art anwenden, denn in jedem privilegium personae wird der zeitweilig berechtigten Person ein Mehreres oder Andres als andren Inhabern des Rechts gewährt[6]). Und so finden

1) S. oben S. 235. 236. und unten §. 28.

2) Proc. Consumtion S. 225 ff.

3) Zschr. f. Civ. u. Pr. N. F. Bd. 12. S. 3. 4. 10. 13. 15. 16.

4) Corr. §. 7.

5) Zsch. f. Civ. u. Pr. N. F. Bd. 17. S. 156.

6) Ja, man könnte noch in einem andern Sinn an jenen Ausdrücken festhalten. Die Rechtsverhältnisse stehen nämlich in der Regel bestimmten Personen zu, hier wird also das Rechtsverhältniß auf ein Subject bezogen; doch giebt es Ausnahmen (res divini juris, Stiftung), hier also giebt es bloß einen objectiven Bestand.

sich auch mehrfache subjective Beziehungen in der Correalobligation: der eine Correus haftet sub die, der Andre ohne solchen; dem einen Correus ist die culpa remittirt, dem Andren nicht (l. 9. §. 1. de d. r. 45, 2) u. s. w. Allein eine ganz andre Frage ist, ob mit dieser Unterscheidung die Stellung der Correi im Allgemeinen richtig bestimmt, und ferner ob durch sie die Schwierigkeiten der Lehre überwunden werden. Beides ist schlechthin zu verneinen. Denn was die Stellung der Correi in der Correalobligation betrifft, so ist es zwar richtig, daß Jeder von ihnen an der Obligation Theil hat, allein diese Stellung des Correus wird mit dem Worte „subjective Beziehung" gewiß nicht genügend bezeichnet, vielmehr wird man dieser Stellung nur durch die Annahme von Sonderobligationen neben der Gesammtobligation gerecht. Und was ferner die Schwierigkeiten anbetrifft, welche durch jene Unterscheidung überwunden werden sollen, so gewährt diese gleichfalls kein Princip, durch welches erklärt wird, weshalb einige rechtliche Vorgänge auf alle Correi wirken, andre nur auf einen einzigen; vielmehr muß das Princip aufgestellt werden, daß die Rechtsacte regelmäßig nur eine einzige Sonderobligation ergreifen, und nur bei solchen Rechtsacten, in denen eine Geltendmachung der Obligation liegt, die eine Sonderobligation auf die andre zurückwirkt. — Doch möchten wir eine Vermuthung wagen: vielleicht nämlich schwebte schon Keller-Ribbentropp der Begriff der Gesammtobligation und der Sonderobligationen vor, allein was ihnen vorschwebte, enthielt doch nur ein dunkles und ziemlich verschwommnes Bild davon; eine concrete, faßbare Gestalt erhält der objective Bestand erst in der Gesammtobligation, die subjective Beziehung in den Sonderobligationen.

5. §. 20. Sprachgebrauch der Quellen.

Während man früherhin die herrschende Auffassung der Correalobligation auf den Sprachgebrauch der Quellen stützte, ist in neuerer Zeit, nachdem diesen die Gegner einer genaueren Prüfung unterworfen, jenes Argument von den neuesten Vertheidigern der

3) S. hierüber unten §. 23.

Einheitstheorie aufgegeben worden. Wir sagen „aufgegeben", trotzdem wir wohl wissen, daß Windscheid und Samhaber den Sprachgebrauch eher der Einheits- als der Mehrheitstheorie günstig auslegen; denn wenn auch nur ein Schwanken der Quellen im Ausdruck zugegeben wird, so kann der Ausdruck überhaupt nicht mehr als Stütze für die herrschende Ansicht dienen[1]).

Dieser Stand der Frage zeigt a priori, daß der Sprachgebrauch der Quellen einer Theorie, die sowohl Einheit als Mehrheit der Obligationen in der Correalobligation findet, überaus günstig ist; wenn die Quellen von Einer Obligation reden, so meinen sie unsre Gesammtobligation, wenn von mehreren, unsre Sonderobligationen.

Da Fitting[2]) mit größter Sorgsamkeit die einzelnen Leges, aus denen etwas für den Sprachgebrauch entnommen werden kann, gesammelt hat, so ist es überflüßig, hier wiederholt von ihnen zu reden; nur insofern fügen wir etwas hinzu, als sich daraus ein Argument für das Gesammtrechtsverhältniß ergiebt.

1) Was die Gesammtobligation anbetrifft, so ist eine bisher unbeachtete Bezeichnung hervorzuheben: die Benennung *communis obligatio*, welcher das *jus commune stipulationis* ähnlich, und die Bezeichnung *communis debitor*, *particeps ejusdem obligationis* entsprechend ist. Man vergleiche:

l. 34. §. 1. de solution. 46, 3: Si duo rei stipulandi hominem dari stipulati fuerint, et promissor utrique partes diversorum hominum dederit, dubium non est, quin non liberetur. Sed si ejusdem hominis partes utrique dederit, liberatio contingit, quia *obligatio communis* efficiet, ut quod duobus solutum sit, uni solutum esse videatur.

l. 31. §. 1. de nov. 46, 2: Si duo rei stipulandi sint, an alter jus novandi habeat, quaeritur . .; colligitur, unumquemque perinde sibi acquisiisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo, quod etiam facto ejus, *cum quo commune*

1) Windscheid (krit. Vierteljahrsschr. 3, 168) will denn auch auf den Sprachgebrauch „kein entscheidendes Gewicht" legen, Samhaber (Corr. S. 114) hält ihn „nicht für allein ausreichend um ein völlig sichres Resultat zu erlangen".

2) Corr. S. 18. 19. 20.

jus stipulantis est, amittere debitorem potest. Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque eum ab altero liberare poterit, quum id specialiter agit, eo magis quum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus; alioquin quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo *communem debitorem* isque ab eo stipulatus fuerit ...

l. 16. pr. de acc. 46, 4: Si ex pluribus obligatis uni accepto feratur, non ipse solus liberatur sed et hi qui secum obligantur; nam quum ex duobus pluribusque ejusdem *obligationis participibus* uni accepto fertur, ceteri quoque liberantur. . . .

Erinnern wir uns an die communis aqua, comm. servitus der l. 31. §. 7. de neg. gest. 3, 5. u. l. 19. si serv. vind. 8, 5 [1]). Wenn jemals aus gleichem Keime gleiche Gebilde hervorwachsen, und wenn jemals derselbe Gedanke, der die Basis verschiedner Institute bildet, in der gleichen Ausdrucksweise seine Verkörperung gefunden hat, so ist es hier der Fall; die communis obligatio, das commune jus stipulantis, ist im Obligationenrecht dasselbe, was in der Lehre von den Servituten die communis aqua, communis servitus, und ihr entspricht der communis debitor, der particeps obligationis. Vorzüglich geeignet aber sind jene Worte zur Bezeichnung der Gesammtobligation; sie bedeuten: die Obligatio ist gemeinschaftlich; nun kann die Gemeinschaft nicht in dem Vorhandensein von Theilen bestehen, vielmehr ist die Obligation ungetheilt; wie soll sie anders construirt werden, als indem man die sämmtlichen Correi zu einem neuen Rechtssubject zusammenfaßt, als dessen Glieder sie an der Obligation Theil haben? Die bisherigen Schriftsteller (außer Fitting-Girtanner) fassen jeden Correus an sich und von vornherein als selbständigen Gläubiger und Schuldner auf; nach unsrer Ansicht ist er es nur deshalb, weil er zu der Gemeinschaft der Correi gehört. — Hiemit in Uebereinstimmung steht die bereits früher erwähnte l. 9. pr. de pact. 2, 14 [2]):

---

1) Vgl. oben Abschn. 4. §. 12. S. 141. 156.

2) Zwar meint Helmolt (Corr. S. 161): „Zum Ueberfluß, daß man ihm etwa die Absurdität zutraue, er halte es in Wahrheit für möglich, daß ein Mensch zwei Menschen oder zwei Menschen ein Mensch seien, verwahrt sich

plures rei stipulandi vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt, unius loco numerabuntur.

Ferner die Worte Julians in l. 34. §. 1. de sol. 46, 3:

quia obligatio communis efficiet, ut quod duobus solutum est, uni solutum esse videatur,

denn Julian spricht damit aus, daß in der Correalobligation die Mehrheit der Personen verschwindet und eine Einheit an ihre Stelle tritt. Vielleicht dürfen wir uns noch berufen auf

l. 9. pr. de d. v. 45, 2: eandem rem apud duos pariter deposui, *utriusque* fidem in solidum secutus;

man vergleiche hiermit die

l. 47. loc. 19, 2: Quum apparebit emtorem conductoremve pluribus vendentem vel locantem (vendentibus vel locantibus?) *singulorum* in solidum intuitum personam. . . .

In l. 47 cit. behandelt der Jurist sicherlich eine Solidarobligation[1]); in ihr ist der Ausdruck „*singulorum* in solidum intueri personam" gebraucht; die l. 9. pr. cit. hingegen geht auf eine Correalobligation, hier heißt es „*utriusque* fidem in solidum sequi". Sollte die Verschiedenheit des Ausdrucks eine bloße zufällige sein? Die Vermuthung ist dagegen; auch wird uterque immer nur gebraucht, wenn angedeutet werden soll, daß zwei Personen in einer gewissen Verbindung stehen.

2) Was die Sonderobligationen betrifft, so haben wir schon oben §. 18. S. 232. darauf hingewiesen, daß unsre Behauptung „die Gesammtobligation gestaltet sich zu ebensoviel Sonderobligationen als Rei vorhanden sind" sich genau durch l. 9. §. 2. de duob. r. 45, 2 (in cujusque persona *propria* singulorum consistit obligatio) und l. 31. §. 1. de nov. 46, 2 (ex quibus colligitur, *unumquemque* perinde *sibi* acquisiisse ac si solus stipulatus esset) beweisen läßt. Auch die fernere Behauptung „Die Sonderobligationen

---

Paulus ausdrücklich mit den Worten: „difficile est ut unus homo duorum vicem sustineat". Allein sagt etwa Paulus auch „difficile est ut duo homines unius vicem sustineant"? Im Gegentheil, er vergleicht die Correalgläubiger mit mehreren Vormündern, und hier liegt gleichfalls Gesammtrechtsverhältniß vor (S. Abschn. 7. §. 39).

1) S. oben §. 16. S. 213. N. 1.

sind das Product der Gesammtobligation, letztre ist das Primäre, jene das Secundäre" ist quellenmäßig zu erhärten, denn Julian, Venulejus und Ulpian sprechen von *duae species obligationis*, d. h. von zwei Sonderobligationen hervorgegangen aus Einer (Gesammt-) Obligation:

l. 13. de d. r. 45, 2 (Venul.): Si reus promittendi alteri reo heres extiterit, duas obligationes eum sustinere dicendum est; nam ubi quidem altera differentia obligationum esse possit, ut in fidejussore et reo principali, constitit alteram ab altera perimi; quum vero ejusdem duae potestatis sint, non potest reperiri alteram potius quam alteram consummari, ideoque etsi reus stipulandi heres extiterit, *duas species obligationes* eum sustinere.

l. 5. de fidej. 46, 1 (Ulp): Refert autem (Julianus) haec ad speciem, in qua vult ostendere, non esse novum, ut duae obligationes in unius persona concurrant; est autem species talis: si reus promittendi reo promittendi heres extiterit, duas obligationes sustinet; item si reus stipulandi heres extiterit rei stipulandi, *duas species obligationis sustinebit.*

Und derselbe Venulejus und außerdem Javolen bezeichnen im Gegensatz zu den species obligationis die Gesammtobligation als *tota res*, *tota obligatio:*

l. 31. §. 1. de nov. 46, 2 (Venul.): Si duo rei stipulandi sint, an alter jus novandi habeat, quaeritur et quid juris unusquisque sibi acquisierit. Fere autem convenit, et uni recte solvi, et unum judicium petentem *totam rem* in litem deducere ...

l. 2. de d. r. 45, 2 (Javol.): Quum duo eandem pecuniam aut promiserint aut stipulati sunt, ipso jure et singulis in solidum debetur et singuli debent; ideoque petitione acceptilatione unius *tota solvitur obligatio.*

Diese Bezeichnung „tota res, tota obligatio". welcher die „tota servitus, tota via" entspricht (Abschn. 4. §. 12. S. 156), ist höchst treffend; es sind früher die Gründe auseinandergesetzt worden, weshalb jede Sonderobligation in gewisser Weise lückenhaft ist; jeder Correalgläubiger erkennt neben sich Andre als Gleichberechtigte an,

jeder Correalschuldner behauptet die Existenz von Gleichverpflichteten; die Lücke verschwindet, wenn man alle Sonderobligationen summirt, dann erhält man eine ganze, eine volle Obligation, diejenige Obligation nämlich, welche die Sonderobligationen erzeugte: die Gesammtobligation (vgl. S. 232). Auf jene Leges (l. 31. §. 1. l. 2 citt.) möchten wir deshalb den Hauptton legen; sie allein eröffnen das rechte Verständniß der andren Fragmente, in denen von mehreren Obligationen die Rede ist; wo nämlich sonst duae, plures obligationes erwähnt sind, bedeuten diese nichts andres als die duae species obligationis; dies geht daraus hervor, daß selbst in l. 13. de d. r. 45, 2. und l. 5. de fidej. 46, 1. bei Venulejus und Ulpian duae obligationes mit duae species obligationis abwechseln. Bisher aber hat man diesen Bezeichnungen nicht die gehörige Aufmerksamkeit zu Theil werden lassen.

Frägt man aber, ob die Römer nach einem bestimmten Princip die Einheit resp. Mehrheit in der Correalobligation betont haben, so läßt sich dies nicht allein mit Sicherheit bejahen, sondern sogar das Gesetz hiefür a priori entwickeln.

Ueberall nämlich, wo Abhängigkeit der Correi von einander stattfindet, wo das Handeln des einen Correus nicht bloß für diesen selbst, sondern für alle Genossen von Einfluß ist, muß, da dies nur durch die Obligationseinheit erwiesen werden kann, auf diese Einheit (die Gesammtobligation) die Entscheidung gestützt werden.

Handelt es sich jedoch darum, den einzelnen Correus unabhängig von den übrigen zu stellen, namentlich also ihn für befugt zu erklären, etwas mit der Obligation vorzunehmen (z. B. Zahlung in Empfang zu nehmen, einzuklagen, verklagt zu werden), so muß darauf hingewiesen werden, daß dies auf Grund seiner Sonderobligation geschehe; mithin ist die Obligationenmehrheit der Entscheidungsgrund.

Es ist leicht, die soeben aufgestellte Formel als einen Circulus zu bezeichnen. „Wo Abhängigkeit der einzelnen Correi stattfindet, stützt man sich auf die Einheit der Obligatio, wo Unabhängigkeit, auf die Mehrheit der Obligationen; gerade die Abhängigkeit resp. Unabhängigkeit der einzelnen Correi müßte erst anderweitig bewiesen werden, um hieraus die Einheit resp. Mehrheit der Obligationen

abzuleiten". Dies ungefähr wird man uns einwenden. Allein das ist eben der verschiedne Standpunkt des Römers und des heutigen Juristen! Dem Römer waren die Gesammtrechtsverhältnisse kein Widerspruch im System; er ließ sie zu, wo Sitte und practisches Bedürfniß sie hervorgerufen hatten; er hielt es nicht für seine Aufgabe, die gleichzeitig stattfindende Einheit und Mehrheit nachzuweisen, weil diese ihm ein gegebner und feststehender Begriff waren. Das Alles ist bei den heutigen Juristen anders, und so müssen sie von ihrem Standpunkte aus in der obigen Formel einen Circulus erblicken [1]). Soviel aber dürfte klar sein, daß vom Römischen Standpunkte aus der Vorwurf des Zirkelbeweises sich nicht machen läßt, und deshalb erscheint es uns nicht für vergeblich und überflüßig, die Richtigkeit der Formel aus den Quellen zu erweisen.

I. Eine einzige Obligation wird angenommen:

1) in l. 2. de d. r. 45, 2. l. 31. §. 1. de nov. 46, 2. l. 34. §. 1. de sol. 46, 3. §. 1. J. de d. r. 3, 16: durch Zahlungsempfang, Acceptilation und Litiscontestation eines Correalgläubigers verlieren die Uebrigen ihre Forderung.

2) in l. 3. §. 1. de d. r. 45, 2. l. 16. de acc. 46, 4. §. 1. J. de d. r. 45, 2 [2]): durch Zahlung und Acceptilation des einen Correalschuldners werden die Uebrigen befreit.

---

1) So sagt Rückert in Ztschr. f. Civ. u. Pr. N. F. 12, 6. 7: „Gewiß ist es verkehrt, anzunehmen, Ulpian wolle durch Berufung auf die Identität der Obligation die Identität des Objects nachweisen; denn jedenfalls würde doch die angebliche Einheit der Obligation, wenn nicht allein, doch unterm Andren gerade auf dem Umstande beruhen, daß die Identität des Objects feststände; Ulpian würde sich also auf das berufen, was erst aus dem zu Beweisenden folgte, noch viel mehr zu erweisen sein würde". Ebenso Kuntze (Obl. S. 162): „Wollten wir in l. 3. §. 1. h. t. obligatio im gewöhnlichen Sinne (Rechtsverhältniß) verstehen, so würden wir dem Römer unterschieben, daß er das logische Verhältniß auf den Kopf gestellt habe; denn sah Ulpian wirklich im Correalverhältniß eine Obligationeneinheit, so konnte es doch ihm unmöglich einfallen, sie zum Nachweis der Identität des Inhalts zu benutzen; sondern er mußte jene Einheit, welche erst zu begründen war, vielmehr auf diese Identität, welche durch die Vertragsabsicht gegeben war, stützen".

2) Es ist nicht nothwendig, mit Kuntze (Obl. S. 161) die „obligatio" hier als Entstehungsact aufzufassen.

3) in l. 9. §. 1. de d. r. 45, 2: Sämmtliche Correalschuldner können sich nur in gleicher Weise verpflichten; wenn sie eine impar obligatio eingehen, entsteht keine Correalobligation.

4) l. 9. pr. de pact. 2, 14: Mehrere Correalgläubiger haben bei der Abstimmung über den Accord nur eine Stimme.

5) l. 5. C. de d. r. 8, 40: Die Unterbrechung der Klagverjährung durch oder gegen einen Correus wirkt für und gegen Alle.

6) l. 14. rat. rem 46, 8: Ist dem einen Correus die cautio rati bestellt, und wird hierauf die Klage gegen einen andren Correus, welcher der Socius des Erstren ist, angestellt, so ist die Caution verfallen.

II. Mehrere Obligationen werden angenommen:

1) in l. 2. de d. r. 45, 2. §. 1. J. de d. r. 3, 16. l. 128. de verb. obl. 45, 1: Jeder Correalgläubiger resp. Correalschuldner ist aufs Ganze berechtigt und verpflichtet, namentlich empfängt der Correalgläubiger die Zahlung „non alterius nomine sed suae obligationis".

2) l. 13. de d. r. 45, 2. l. 5. de fid. 46, 1. l. 93. de sol. 46, 3 [1]). l. 71. pr. de fid. 46, 1 [2]): Beerbt ein Correalschuldner den Andren, so haftet der Erbe sowohl aus eigner Person, als aus der des Erblassers. Aehnlich verhält es sich bei der Beerbung eines Correalgläubigers durch den Andren.

3) in l. 9. §. 2. de d. r. 45, 2: Wenn zwei Personen ex diversis locis [3]) eine Zahlung zu Capua correal versprechen, so soll jedem Correus eine besondre Zahlungsfrist laufen.

---

1) Mit Unrecht behauptet Fitting (Corr. S. 20), das in l. 93. bald Obligationseinheit, bald -Mehrheit angenommen ist; wo hier das Wort obligatio im Singular steht, bezieht es sich auf die Sonderobligation des Correus, um dessen Beerbung es sich handelt. Mit uns stimmt Fritz in Ztschr. f. Civ. u. Pr. N. F. 18, 380. N. 76.

2) Auch von dieser Ler gilt das in der vorhergehenden Note Gesagte. Bei dieser Gelegenheit mag bemerkt werden, daß die Worte in l. 19. de d. r. 45, 2 „obligatione eximi" gleichfalls bedeuten: „von der Sonderobligation befreit werden".

3) Die Bedeutung dieser Worte ist bestritten; vgl. Fritz in Ztschr. f. Civ. u. Pr. N. F. 18, 366 f.

4) in l. 3. pr. de d. r. 45, 2: Wenn, nachdem sich Jemand verpflichtet, später ein Zweiter als Correus dasselbe verspricht, so tritt eine (Sonder-)Obligation zu der andren hinzu, und es findet keine Novation Statt.

Man sieht: wo die Correi von einander abhängig sind, sprechen die Quellen von einer einzigen Obligation, entgegengesetzten Falles von mehreren. So darf es nicht Wunder nehmen, wenn in einer und derselben Lex sowohl eine als mehrere Obligationen als vorhanden angenommen werden; es geschieht dies nämlich dann, wenn sowohl die Abhängigkeit als Unabhängigkeit der Correi gezeigt wird [1]).

§. 21. Sprachgebrauch der Quellen. Fortsetzung. Ansichten der Schriftsteller.

Bei der Bedeutung, welche mit Recht dem Sprachgebrauch der Quellen beigelegt wird, halten wir es für angemessen, die bisherigen Auffassungen zu berühren. Wir scheiden dabei die Anhänger der Einheits- und Mehrheitstheorie.

Von den Erstren sind bereits Windscheid und Samhaber oben S. 241. Anm. 1. angeführt. Windscheid hat sich kurz dahin ausgesprochen, daß, weil die Ausdrucksweise der Quellen schwankend sei, darauf kein irgendwie entscheidendes Gewicht gelegt werden dürfe. Samhaber, welcher soweit nicht gehen will, hat sämmtliche für den Sprachgebrauch erhebliche Leges einer Erörterung unterzogen [2]), deren Resultat er zwar als nicht völlig sicher, aber doch als durchaus günstig für die Einheitstheorie bezeichnet. Es scheint uns indeß, als wenn Samhaber selbst dieses schon an sich zweifelhafte Ergebniß nicht mit aller Bestimmtheit behaupten zu können glaubt; sonst hätte er nicht bei Abschluß seiner Erörterung die auffallenden Worte geschrieben: „die für die Einheit sprechenden Stellen stehen an Zahl den von den Gegnern angeführten bei weitem voran, ein Umstand, der zwar nach der Beschaffenheit des Justinia-

1) Man sehe §. 1. J. de d. r. 3, 16. l. 2. l. 3. l. 9. §§. 1. 2. de d. r. 45, 2.

2) Corr. S. 83 ff. 110 ff.

nischen Sammelwerks als entscheidend nicht gelten kann, aber doch ebensowenig ganz außer Acht bleiben sollte". Für Dworzak [1]) ist die „subjective Beziehung" das Mittel, um die Obligationseinheit mit der Obligationenmehrheit zu verbinden. Vangerow [2]) dagegen meint, daß die Römer, „wenn sie nicht scharf reden", von mehreren Obligationen der verschiednen Theilnehmer sprechen. Savigny und Brinz endlich sind auf den Sprachgebrauch der Quellen nicht eingegangen, ein Beweis, daß sie mit Windscheid übereinstimmen.

Die Gegner der Einheitstheorie nehmen eine sehr verschiedne Stellung ein.

Am Unparteiischsten tritt Fitting auf. Er hat die Quellenzeugnisse, welche für die Einheit resp. Mehrheit sprechen neben einander gestellt, und schließt damit, daß bei solcher Sachlage die Beziehung auf den Sprachgebrauch höchst mißlich sei [3]).

Die andren Schriftsteller thuen unsres Erachtens den Quellen mehr oder minder Gewalt an.

Rückert [4]) und Kuntze [5]) interpretiren die »una obligatio« der Quellen in mehreren Fragmenten als den Obligirungsact, als die Stipulation, durch welche die Correalobligation eingegangen ist. Windscheid [6]) und Samhaber [7]) haben bereits hiergegen geltend gemacht, daß die Einheit des Verpflichtungsactes überhaupt nicht nothwendige Voraussetzung der Correalobligation gewesen ist, und wir werden dem unten in §. 22. für die passive Correalobligation beitreten. Was aber die Interpretation der l. 3. §. 1. de d. r. 45, 2. [8]) durch Kuntze und Rückert betrifft, so haben wir noch eine besondre Bemerkung zu machen. Dieselben behaupten nämlich, daß,

1) Münchner krit. Ueberschau 4, 58 ff.
2) Pand. 3, 70.
3) Corr. S. 19. 20.
4) Zsch. f. Civ. u. Pr. N. F. Bd. 12. S. 5 ff.
5) Obl. §. 40.
6) Münchner krit. Ueberschau 6, 212.
7) Corr. S. 84.
8) Die Stelle lautet: Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti; hoc est enim duorum reorum, ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus possitque ab alterutro peti; et partes autem a singulis peti posse. nequaquam dubium est, quemadmodum et a reo et

wenn man in den Worten »utique quum una sit obligatio, una et summa est« die »obligatio« nicht mit „Entstehungsact" übersetze, Ulpian sich einer petitio principii schuldig mache. Zur Rechtfertigung Ulpians erinnern wir an die Ausführung auf S. 246. Der Standpunkt Ulpians ist nicht der von Rückert und Kuntze; er hält die Correalobligation nicht für einen zu erklärenden, sondern für einen feststehenden Begriff; ihm ist sie nicht ein Problem, sondern ein Rechtsinstitut klar wie ein andres; er findet in ihr nicht einen logischen Widerspruch, sondern eine Species der Gesammtrechtsverhältnisse. Deshalb ist es nicht genug gethan, wenn Dworzak[1]) zur Widerlegung behauptet, Ulpian habe in *l. 3. §. 1. cit.* nicht die Aufgabe gehabt, die Einheit der Obligation zu begründen; es ist dies niemals von den Römern als ihre Aufgabe angesehen worden.

In andren Stellen versteht Kuntze unter obligatio den Inhalt der Obligation; es ist indeß von andren Schriftstellern[2]) bereits die Unzulässigkeit dieser Auslegung gezeigt, namentlich auch erwiesen worden, daß eine Anzahl Leges unmöglich in der von ihm behaupteten Weise aufgefaßt werden kann[3]).

Helmolt[4]) hat bloß zwei hierher bezügliche Leges interpretirt: die l. 9. pr. de pact. 2, 14. und l. 3. §. 1. de d. r. 45, 2. Seiner Auffassung der l. 9. cit. ist bereits oben S. 242. Anm. 2. gedacht worden; was l. 3. cit. betrifft, so culminirt seine Interpretation in der Uebersetzung des Schlußsatzes, welche er dahin giebt: „denn überall, wo man von dem formell theoretischen Gesichtspunkt

fidejussore petere possumus; utique enim quum una sit obligatio, una et summa est, ut sive unus solvat, omnes liberentur, sive solvatur ab altero liberatio contingat.

1) Münchner krit. Ueberschau 4, 59.

2) Dworzak in Münchner krit. Ueberschau 4, 60. Samhaber Corr. S. 86 f. In seinem neuesten Werke (deutsches Wechselrecht S. 322.) hält Kuntze die Bedeutung von „obligatio" als „Inhalt der Obligation" ausschließlich fest. — Rückert hingegen sieht in „una obligatio" an vielen Stellen einen ungenauen Ausdruck; dagegen braucht man freilich nur an die bekannte Römische Genauigkeit zu erinnern.

3) Dworzak in Münchner krit. Ueberschau 4, 59. Samhaber Corr. S. 84. 85.

4) Corr. §. 22. Ihm ist Sintenis (Civilrecht 2. Ausg. Bd. 2. S. 125. in der Anm.) beigetreten.

einer una obligatio ausgehen kann — gesetzt es wäre una obligatio vorhanden — folgt daraus auch die una summa«; und hieraus schließt er für alle übrigen Leges, worin von Einer Obligation die Rede ist, daß die letztre lediglich ein formeller Gesichtspunkt sei, von welchem aus sich einzelne Erscheinungen bequemer zu Recht legen und mit Anwendung einer Vergleichung leichter deduciren läßt. Indeß ist das Gewaltsame jener Uebertragung von l. 3. cit. Helmolt selbst nicht entgangen; denn anerkennend fügt er hinzu, daß eine treue Uebersetzung für jedes einzelne Wort große Schwierigkeiten darbiete; er übersieht dabei, daß die Schwierigkeit nur für den Anhänger der reinen Mehrheitstheorie besteht.

Einen andren Weg hat Fritz eingeschlagen. In seiner ersten Abhandlung über Correalobligationen[1]) versprach er eine neue Theorie aufzustellen, welche nach den dortigen Angaben der in gegenwärtiger Abhandlung ausgeführten ungemein ähnlich sieht. Jetzt, wo seine zweite Abhandlung[2]) erschienen ist, wird wohl Niemand daran zweifeln, daß Fritz einfach Anhänger der Mehrheitstheorie ist; mag er sich selbst gegen dieses Urtheil noch so sehr sträuben: er kann nicht behaupten, daß er irgendwie aus der Einheit der Obligation ein Resultat gezogen hat. Wir können dies sofort auf Grund der Stellung nachweisen, welche Fritz zum Sprachgebrauch einnimmt.

„Jeder reus promittendi (führt Fritz[3]) aus) wird im Ganzen behandelt, wie wenn der Stipulator nur von ihm stipulirt, jeder reus stipulandi, wie wenn nur er stipulirt hätte. Nichts ist deshalb natürlicher, als daß man von jedem der erstren sagt, er sei obligirt, und von jedem der letztren, ihm sei der Promissor obligirt; davon ist denn eine Consequenz, daß man von mehreren Obligationen aus einer Correalstipulation spricht, wiewohl man zugeben muß, daß diese mehreren Obligationen nicht ganz unabhängig von einander sind. Die Ursache hingegen des andren Sprachgebrauchs (der una obligatio) liegt hauptsächlich darin, daß die Leistung, die durch eine Correalstipulation ausbedungen wird, ungeachtet der

1) Zsch. f. Civ. u. Pr. N. F. Bd. 17. S. 145 ff.
2) Zsch. f. Civ. u. Pr. N. F. Bd. 18. S. 355 ff. Bd. 19. S. 55 ff.
3) Zsch. f. Civ. u. Pr. N. F. Bd. 18. S. 381 ff.

Mehrzahl der Gläubiger oder Schuldner, nur einmal gemacht zu werden braucht. Der Umstand nämlich, daß durch Erfüllung der einen obligatio auch die übrigen getilgt werden, ist geeignet auf den Sprachgebrauch im täglichen Leben Einfluß zu äußern. Auch die feinere wissenschaftliche Auffassung der Lehren von der solutio drängt zu einem besondern Sprachgebrauch hin. Soll das Activ- oder Passivvermögen einer Person berechnet werden, die aus einer Correalobligation oder aus einer verbürgten Obligation 1000 zu fordern hat, oder welche aus einer Correalobligation oder einer Obligation mit Adstipulator 1000 schuldet, so dürfen die 1000 nur einmal angesetzt werden. Wie natürlich ist es nun, wenn Leute, die das Recht nicht wissenschaftlich auffassen, in der Art des Ausdrucks noch einen Schritt weiter gehen und sagen, die fragliche Person habe an die beiden Correalschuldner resp. an den Hauptschuldner und Bürgen nur eine Forderung auf 1000, wenn sie ferner sagen, es sei nur eine Schuld resp. nur eine Forderung vorhanden!"

Nunmehr untersucht Fritz das Verhältniß der Römischen Jurisprudenz „zu dieser naturwüchsigen Ausdrucksweise"[1]).

Er findet, daß Bürgschaft und Adstipulatio einerseits und Correalobligation andrerseits von den Römern unterschieden wurden.

Bei der Bürgschaft bestand eine accessorische Obligation; man bezeichnete die Bürgschaftsverpflichtung als fidejussoria obligatio, und hielt es nicht nöthig, aber auch für bedenklich, einen eine Gesammtobligation ausdrückenden Sprachgebrauch anzunehmen; für nicht nöthig: denn die Accessionsqualität erklärt es an sich, warum durch Zahlung des Schuldners der Bürge, durch Zahlung des Bürgen der Schuldner frei wird; für bedenklich: eben deshalb weil der Bürge nur accessorisch verpflichtet ist, und weil er durch einen ganz getrennten, stets der Stipulationsform bedürfenden Act bestellt wird. Aehnlich ist Fritz' Deduction bezüglich der Adstipulatio[2]). Bei der Correalobligation[3]) werde, trotzdem kein accessorisches Verhältniß Statt finde, der eine Correalschuldner durch Zahlung des

1) Zschr. f. Civ. u. Pr. N. F. Bd. 18. S. 384 f.
2) A. a. O. S. 386.
3) A. a. O. S. 387.

andern frei, der eine Correalgläubiger durch Zahlungsempfang des andern ausgeschlossen; auch könne die Correalobligation nur durch einen einzigen Act constituirt werden [1]). „Dies sind offenbar die Gründe, aus welchen die Römischen Rechtsgelehrten auch hier den vulgären Sprachgebrauch adoptirten und sagten, die Correalschuldner stehen mit dem Stipulator, die Correalgläubiger mit ihrem gemeinsamen Schuldner in einer Gesammtobligation".

Zieht man dies Resultat dieser Ausführung, so ist es klar, daß Fritz den Römischen Juristen den Vorwurf macht, sie hätten „die naturwüchsige Ausdrucksweise", „den vulgären Sprachgebrauch" zu dem ihrigen gemacht. Als wenn das Endziel der Untersuchungen eines Papinian und der übrigen Heroen Römischer Jurisprudenz nicht die wissenschaftliche Gestaltung der Lebensverhältnisse gewesen wäre! Als wenn das Verhältniß der Römischen Juristen zum Rechtsverkehr nicht darin bestände, daß sie ihn zu fördern, ihm zu dienen suchten, sondern darin, daß sie sich von ihm beherrschen ließen! — Aber noch eine Bemerkung andrer Art dürfte am Platze sein. Wir behaupteten oben, daß Fritz, trotzdem er eine neue Theorie angekündigt, einfach Anhänger der Mehrheitstheorie sei; nachdem wir ihn mit seinen eignen Worten redend eingeführt haben, wird jene Behauptung gewiß anerkannt werden.

6. §. 22. Entstehung der Correalobligation. Einzelne Fälle. Form ihrer Eingehung. Die accessorischen Obligationen.

Die Correalobligation entsteht durch den Willen, und zwar durch den Willen derjenigen, welche den Satz „nomina sunt ipso jure divisa" nicht zwar abändern, aber doch umgehen können. Dazu gehört der Wille der Contrahenten, wenn Mehrere einen theilbaren Gegenstand versprechen; der Wille des Testators, wenn er einen theilbaren Gegenstand als Legat an mehrere Honorirte oder von mehreren Onerirten hinterläßt. Fassen wir diese Fälle des Genaueren ins Auge!

---

1) Dies ist die Ansicht von Fritz bezüglich der bekannten Controverse, über welche unten in §. 22. gehandelt werden wird.

1) Vertrag. Die Art des Vertrages (Formalvertrag oder nicht, stricti juris oder bonae fidei negotium) ist durchaus gleichgiltig. Die Behauptung Ribbentropps[1]), daß beim Darlehn eine Correalobligation unmöglich sei, weil es als ein contr. stricti juris kein pactum adjectum, durch welches die Correalität festgestellt werden könnte, zulasse, ist zwar von Savigny und Brinz[2]) mit Recht, aber mit unrichtigen Gründen angefochten worden. Diese gehen davon aus, daß die Correalität durch pactum adjectum festgestellt werde, und daß das pactum adjectum, weil es bei der Stipulation zulässig war, auch beim Darlehn zugelassen worden sei. Allein eben das, daß die Correalität durch pact. adjectum festgestellt werde, kann nicht zugegeben werden; denn nimmermehr kann ein pactum adjectum die Essentialien eines Vertrages — und darum handelt es sich bei einer Haftung in solidum statt pro parte — abändern[3]). Vielmehr hängt die Zulässigkeit der Correalität beim Darlehn mit einem Umstande zusammen, welcher dem Geben und Nehmen vorausgeht. Will nämlich der zukünftige Gläubiger nur gegen solidarische Haftung an Mehrere das Darlehn geben, so müssen diese schon vor Empfang der Summe sich als Eine Person constituiren, und die Zahlung erfolgt dann an sie als an Eine Person; demgemäß entsteht zunächst die Gesammtobligation, mit ihr zugleich aber die Sonderobligationen in solidum. Aehnlich wenn Mehrere correal Darlehnsgläubiger werden wollen.

Was die Form des Vertrages angeht, so ist diese bekanntlich, sofern es sich um die Stipulation handelt, bestritten. Wir haben hier eine neue Ansicht vorzutragen. Die bisher aufgestellten

---

1) Corr. S. 111. N. 13.

2) Savigny Obl. R. 1, 155 ff. Brinz Kr. Bl. 4, 10. Nicht bloß die von Savigny citirten Leges (l. 5. 9. 12. C. si cert. pet. 4, 2) sprechen dafür, sondern auch l. 7. §. 8. ad sct. Mac. 14, 6, und ebenso die Nov. 99 (τὸ ἀλληλεγγύως δανεισθέν).

3) Brinz stützt sich auf die Worte der l. 11. §. 1. 2: ... quia non fuerit *adjectum* singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fuerint. Allein was zu dem spondere resp. stipulari in der Cautio adjicirt ist, ist wahrlich noch nicht aus einem zum Hauptversprechen adjicirten Pactum entsprungen.

Meinungen sind einander gerade entgegengesetzt; während die Einen[1]) annehmen, daß noch zur Zeit der classischen Juristen bei der Correalstipulation ein einheitlicher Verpflichtungsact nothwendig gewesen, halten die Andren verschiedne getrennte Acte für zulässig[2]). Wir treten den erstren bei, sofern es sich um die active, den letztren, sofern es sich um die passive Correalstipulation handelt. Eine directe Bestätigung findet unsre Ansicht im pr. J. de d. r. 3, 16, wo nur von der activen Stipulation gelehrt wird, daß, wenn sie nicht durch einen einheitlichen Act entsteht, alia atque alia erit obligatio nec creduntur duo rei stipulandi esse, während bei der passiven Stipulation die Justitutionen einen ähnlichen Zusatz nicht machen. Die Digestenstellen stimmen mit unsrer Ansicht sehr wohl überein. Ueber die Form der activen Correalstipulation geben l. 28. §. 2. de stip. serv. 45, 3. und l. 7. §. 1. de auct. cons. tut. 26, 8 Auskunft[3]). Nun heißt es in l. 28. §. 2 cit., es entstehe eine active Correalobligation „si ipsi domini singuli, eadem decem servo dari, fuerint stipulati et *semel* responsum secutum fuerit", eine einmalige Antwort setzt unbedingt einen einheitlichen Verpflichtungsact voraus. Die l. 7. §. 1 cit. behandelt den Fall, wenn Mehrere correal unter Auctoritas verschiedner Tutoren von einem Pupillen stipuliren; sie spricht durchgehend „stipulation*em* valere, inutil*em* esse", und dieser Singular weist wiederum auf einen einheitlichen Verpflichtungsact hin. Die Stellen hingegen, welche von der passiven Correalobligation handeln, lassen sich theils von einem einheitlichen (l. 7. l. 9. §. 2. de d. r. 45, 2), theils von getrennten Acten (l. 3. pr. eod. l. 43. de fid. 46, 1[4]). l. 8. §. 5. de nov. 46, 2) verstehen. Endlich aber spricht für unsre Unterscheidung ein innrer

---

1) Liebe Stipulation S. 214 ff., Huschke in Ztschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. 4, 413 ff., Fritz in Ztschr. f. Civ. u. Pr. N. F. 18, 363 ff., Kuntze Obl. S. 166 ff.

2) Ribbentropp Corr. S. 113 ff. Vangerow §. 573. Anm. 2. Buchka Einfluß des Processes 1, 104 ff. Savigny Obl. R. 1, 149. Fitting Corr. N. 101. S. 87 ff. Samhaber Corr. S. 84. N. 7. Girtanner Stipulation S. 261.

3) S. auch l. 29. de serv. stip. 45, 3.

4) Auf diese legt Kuntze großes Gewicht: siehe gegen ihn Fitting a. a. O. N. 101. S. 89 a. E.

Grund; er ist derselbe, auf welchem die Unzulässigkeit der Singularsuccession in die Obligation beruht. Nach Römischem Recht ist die Obligation unveränderlich an die Person des Gläubigers gebunden; würde diesem jetzt ein neuer Gläubiger als Correus zur Seite treten, so läge hierin eine Uebertragung der Obligation — zwar nicht durch Succession, aber doch eine Uebertragung oder besser eine Mittheilung [1]); deshalb sind nur dann Correalgläubiger möglich, wenn noch Keiner Gläubiger geworden ist, und dies bedingt einen einheitlichen Act. Bei der passiven Stipulation ist der Hinzutritt eines correus debendi durch jenen Römischen Rechtssatz nicht verboten; daher hier die Zulässigkeit verschiedner Stipulationen. Allerdings gehört diese Zulässigkeit der spätren Zeit an; denn streng genommen müßten, wenn ein Schuldner schon das Ganze versprochen hatte, und ein Andrer nunmehr dasselbe versprach, zwei Obligationen entstehen, die nur dadurch von einander abhängig wären, daß die Zahlung aus der Einen die andre ope exceptionis doli aufhob. Man connivirte also der Absicht der Parteien; die gesonderten Stipulationen fanden nämlich gewiß nur dann Statt, wenn von Anfang an beide Promittenten sich als Correalschuldner verpflichten wollten, bei Abschluß der ersten Stipulation aber bloß der Eine gegenwärtig war.

2) Testament. Die richtigen Grundsätze in dieser Beziehung sind bereits von Ribbentropp und Savigny [2]) gelehrt worden; sie hatten aber unterlassen, die innre Nothwendigkeit dieser Grundsätze nachzuweisen, und so ist es denn dahin gekommen, zuerst daß Brinz sie unrichtig auffaßte, sodann daß Fitting eine andre Ansicht aufstellte [3]).

Jeder Formalact — und dazu gehört jedes Legat nach altem Recht — bedarf einer den Willen genau ausdrückenden Form; zwar wird zuweilen auf id quod actum est, id quod testator senserit

---

1) Wie sehr das Hinzutreten eines correus credendi den ganzen Inhalt des Gläubigerrechts ändert, wird am klarsten in dem in l. 28. §. 2. de stip serv. 45, 3. erörterten Falle.

2) Ribbentropp Corr. S. 42 f. 117 ff. Savigny Obl. R. 1. 157 f.

3) Brinz Kr. Bl. 4, 10. Fitting Corr. S. 179 ff.

zurückgegangen; indeß scheint dies erst spätre Connivenz zu sein und jedenfalls nur dann zu geschehen, wenn die gebrauchte Form zweifelhaft ist. Dies vorausgeschickt, so handelte es sich bei der durch Legat zu begründenden Correalobligation darum, eine sichre Formel für dieselbe zu finden. Die Formel Titius et Maevius war gewiß zu verwerfen, weil sie zwei bloß pro-ratarische, die Formel Titius et Maevius in solidum gleichfalls, weil sie zwei aufs Ganze gehende Obligationen (— so daß doppelte Zahlung nöthig war[1]) —) hervorgebracht hätte. Man griff zur Formel Titius aut Maevius. Dieselbe war insofern ungenügend, als sie eine Ungewißheit mit sich führt, welche in gewissem Maße die Ungiltigkeit des Rechtsact zur Folge hat. Wir haben hiefür ein Beispiel in der Stipulation eines servus communis; stipulirt ein Freier »sibi aut tertio«, so ist die Stipulation giltig, aber nur deshalb, weil Niemand einem Dritten stipuliren kann, und der Dritte deshalb als solutionis causa adjectus aufgefaßt wird; stipulirt aber ein gemeinschaftlicher Sclave »Titio aut Maevio domino«, so ist die Stipulation ungiltig, weil jeder der Herrn an sich die Stipulation erwerben kann, deshalb aber die Person des Erwerbers durchaus unbestimmt ist[2]).

Auch bei der durch Legat zu schaffenden Correalobligation kehrt die Ungiltigkeit des Legats, wenn die Formel Titio aut Maevio gebraucht ist, wieder. Was zunächst mehrere durch die Partikel aut verbundne Honorirte betrifft, so referirt Justinian[3]), daß darüber vier verschiedne Ansichten gegolten hätten, darunter zuerst[4]) die, daß das Legat ganz ungiltig sei; nur eine einzige Stelle in den Digesten findet sich, welche ein solches Legat für giltig erklärt und eine Correalobligation daraus herleitet; aber auch in dieser findet sich nicht die bloße Partikel »aut«, sondern noch der bedeutsame Zusatz »utri heres vellet«, welcher eben veranlaßt, daß die durch

1) Vgl. l. 53. §. 2. l. 114. §. 19. de leg. I. (30).

2) l. 141. §. 3. de verb. obl. 45, 1. l. 95. §. 5. de sol. 46. 3. l. 9. §. 1. — l. 13. de serv. stip. 45, 3.

3) l. 4. C. de verb. sign. 6, 38.

4) Allen andren dort referirten Ansichten sieht man es sofort an, daß sie lediglich dem Bestreben, eine letztwillige Disposition nicht ungiltig werden zu lassen, entsprungen sind.

die Partikel aut erzeugte Ungewißheit des Berechtigten gehoben wird[1]):

l. 16. de leg. II. (31): Si »Titio aut Seio utri heres vellet« legatum relictum est, heres alteri dando ab utroque liberatur; si neutri dat, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret; nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri.

Was sodann mehrere Onerirte betrifft, welche durch die Partikel aut verbunden sind, so wird in den Quellen durchweg gelehrt, daß ein solches Legat eine Correalobligation ohne besondren Zusatz erzeuge[2]); dies offenbar aus dem Grunde, weil, wie bei einem alternativen Legat der Legatar die Wahl der Sache hat, so auch im vorliegenden Falle der Legatar die Person des Schuldners wählen darf; das aber ist gerade das Rechtsverhältniß der Correalobligation.

So die Sachlage nach den Quellen. Dahingegen lehrt Brinz, daß aus der alternativen Fassung der mehreren Onerirten oder Honorirten die Correalobligation hervorgehe, übersieht also, daß bei mehreren Honorirten noch ein Zusatz (utri heres vellet oder uter prior volet) nöthig war. Eben das geschieht Seitens Fittings; er geht aber weiter und behauptet, daß selbst die Ungiltigkeit der Stipulation des gemeinschaftlichen Sclaven »Titio aut Maevio domino« nicht darauf beruhe, daß die Person des Gläubigers ungewiß, sondern vielmehr darauf, daß sie den Stipulationen der Freien nachgebildet sei. Es widerspricht diese Auffassung den ausdrücklichen Zeugnissen der Quellen, indem diese mehrfach aussprechen, daß jene Stipulation nur wegen der damit verbundnen Ungewißheit ungiltig sei[3]); was aber die anderweite Behauptung betrifft (daß nämlich die Sti-

---

1) Auch dann würde das Legat giltig sein und eine Correalobligation entstehen, wenn der Testator disponirt hätte: Titio aut Maevio uter prior volet fundum do lego.

2) l. 8. §. 1. de leg. I. (30). (Hier beruht das et solutum auf Interpolation, vgl. Ribbentropp Corr. S. 42). l. 25. pr. de leg. III. (32). l. 9. pr. de d. r. 45, 2. (Hier muß es statt Titius et Maevius Sempronio decem dato heißen: Titius aut Maevius; vgl. Cujacius in den Qu. Papin. und Ribbentropp Corr. S. 118 f.).

3) l. 10. de serv. stip. 45, 3: sed si ita (servus communis) stipuletur

pulation des gemeinschaftlichen Sclaven derjenigen der Freien nachgebildet sei), so ist sie schon an sich unwahrscheinlich, weil danach jene jünger als diese sein müßte, aber auch abgesehen hievon fühlt man sich zu der Frage veranlaßt, aus welchem Grunde diese Nachbildung geschehen sei[1]). Alle diese Bedenken sind von Fitting nicht widerlegt worden; sie sind auch u. E. unwiderleglich, und geben der von Fitting aufgestellten Theorie, wonach die Correalobligation eine alternative hinsichtlich der Subjecte ist, keinen geringen Stoß.

Das Resultat ist: ein Legat, welches mehreren durch die Partikel »aut« verbundnen Personen auferlegt ist, begründet eine passive Correalobligation; ist das Legat mehreren durch die Partikel »aut« verbundnen Honorirten hinterlassen, so muß noch ein Zusatz hinzugefügt werden, welcher die Wahl entweder dem Belasteten oder einem Honorirten anheimgiebt, worauf eine active Correalobligation entsteht. Mit andren Worten: ist die gehörige Form beobachtet, so kann durch Testament eine jede Art der Correalobligation begründet werden. Dieses Resultat entspricht übrigens genau der practischen Bedeutung der Correalobligation. Ein Legat mit mehreren durch die Partikel »aut« verbundnen Belasteten

---

„Titio decem aut Maevio fundum dare spondes?" quia *incertum est utri eorum acquisierit actionem*, idcirco inutilis stipulatio existimanda est. l. 21 eod.: si servus communis ita stipuletur „kalendis Januariis decem Titio aut Maevio dominis, uter eorum tunc vivet, dare spondesne" inutilem esse stipulationem Julianus scribit, quia non possit in pendenti esse stipulatio, *nec apparere utri eorum sit acquisitum*. Fitting sucht diese Zeugnisse dadurch zu beseitigen, daß er auf den servus fructuarius recurrirt; stipulirt dieser eine Summe, die er erst später creditiren will, so wird die Forderung bald dem Usufructuar bald dem Proprietar erworben, je nachdem er das Darlehn aus des Erstren oder des Letztren Vermögen an den Promissor zahlt. Hier also, meint Fitting, sei die Person des Gläubigers zunächst noch unbestimmt und dennoch die Stipulation giltig (l. 25. §. 1. de usufr. 7, 1). Das ist zuzugeben, allein hier ist auch ein Act vorhanden, der die Ungewißheit hebt, nämlich die später zu erfolgende Zahlung; ganz anders ist dies bei der Stipulation des gemeinschaftlichen Sclaven: Titio aut Maevio domino; soll hier etwa die Wahl eines der Herrn entscheiden? und wenn dies: aus welchem Grunde? Die gebrauchte Formel giebt hierzu keinen Anlaß. Vgl. Fritz in Ztschr. f. Civilr. u. Pr. Bd. 18. S. 370 ff.

1) Diese Frage ist bereits von Stinzing in der krit. Viert. 1, 523. aufgeworfen; trotzdem aber ist er Fitting beigetreten.

mochte leicht vorkommen, weil dadurch der Legatar mehr Sicherheit bekam; dagegen läßt sich bei einem an mehrere durch »aut« verbundne Honorirte durchaus nicht denken, welch ein Vortheil dadurch entstehen sollte; vielmehr scheint hier der Wille des Testator hinsichtlich der zu bedenkenden Person als schwankend und ungewiß; es wird deshalb für ungiltig erklärt, und nur wo der Testator dem durch einen entsprechenden Zusatz entgegentritt, wird sein Wille aufrecht erhalten und eine Activcorrealobligation als Product hingestellt; es kann aber Niemandem entgehen, daß diese active Correalobligation eine Nachahmung der gemeinen ist, und nicht dem ältesten R. R. angehört.

Man pflegt als Fälle der Correalobligation noch aufzuführen: einige Fälle der untheilbaren Obligation, mehrere Argentarien, die Adstipulatoren und Adpromissoren, mehrere Eigenthümer eines Sclaven, welche mit einer Noxalklage belangt werden können, diejenigen Personen, die mit einer act. adject. qualitatis haften, und mehrere in solidum Verurtheilte.

Hiervon haben wir die untheilbaren Obligationen bereits in §. 16. besprochen; hinsichtlich der Argentarien treten wir Savigny (Obl. R. 1, 148—152) überall bei, und erklären sie demnach nur dann als Correalgläubiger, wenn sie die Schuld in ihre gemeinschaftlichen Bücher eingetragen; außerdem nehmen wir nur ein singuläres Klagrecht für und gegen jeden Argentarius an[1]). Wir wenden uns jetzt zur Betrachtung der übrigen Fälle.

1) Richterliches Erkenntniß[2]). Judex non constituit jura sed quae sunt declarat; nur die (statt der consumirten Obligation) neu entstandne act. judicati ist die Schöpfung des Richters; deshalb kann strenggenommen das richterliche Urtheil weder eine nicht bestehende Correalität einführen, noch die bestehende aufheben. Nur insofern es sich um die actio judicati handelt, ist es wichtig zu wissen, ob jeder der mehreren Verurtheilten auf die Condemnationssumme ganz oder nur theilweis belangt werden kann; nur hiervon (act. judicati) reden denn auch die Quellen[3]), und sie bestimmen, daß wenn die Verurtheilung ohne weitren Zusatz geschah, jeder nur

1) Vangerow 3, 75. und Brinz kr. Bl. 4, 9 f. sind Savigny beigetreten.
2) Die ganze Frage ist sehr bestritten; vgl. Sambaber Corr. S. 166 ff.
3) l. 43. de re jud. 42, 1. l. 1. l. 2. C. si plures una sint. 7. 55.

proratarisch soll belangt werden können. Allein alles Andre bleibt unentschieden, namentlich bleibt unentschieden ob, wenn zwei Correalschuldner ohne weitren Zusatz verurtheilt sind, der Eine aber freiwillig und suo nomine das Ganze zahlt, er die Hälfte zurückfordern dürfe; ferner unentschieden, ob wenn dieselben mit dem entsprechenden Zusatz verurtheilt sind, und mit dem Einen eine Acceptilation u. s. w. eingegangen wird, dieses auch für den Andren wirkt. Für alle diese Fragen, scheint es uns, muß auf den an die Spitze gestellten Satz recurrirt werden: judex non constituit jura sed quae sunt declarat, und deshalb ist dem richterlichen Urtheil die Kraft Correalobligationen zu begründen, abzusprechen [1]). Eine andre Frage ist es, ob das richterliche Urtheil eine solche nicht feststellen und Mehrere als Correi erklären könne; dies hat Brinz [2]) geleugnet aus dem merkwürdigen Grunde, weil alle Correalschuldner nicht hätten zusammen belangt werden können, vielmehr die Klage aufs Ganze nur gegen Einen habe gerichtet werden können. Umgekehrt behauptet Wetzell [3]), es sei zuläßig, daß alle Correalschuldner zusammen verklagt werden, nicht aber, daß alle Correalgläubiger zusammen klagen. Uns scheint die Wahrheit nicht in der Mitte, sondern außerhalb jener beiden Ansichten zu liegen: es können alle Correi sowohl zusammen klagen als verklagt werden. Denn l. 28. C. de fid. 8, 41, auf die Brinz sich beruft, bestätigt dessen Ansicht keineswegs, und die Ansicht von Wetzell hängt damit zusammen, daß er (wie Fitting) Correalgläubiger für alternativ Berechtigte hält [4]). — Ueber die Form, welche nothwendig war, wenn das richterliche Urtheil eine Correalobligation feststellen sollte, läßt sich aus den Quellen nichts entnehmen.

2) Ungleich wichtiger als das richterliche Erkenntniß sind die Rechtsverhältnisse der Adpromissoren, Adstipulatoren, der mehreren

1) Natürlich widersprechen wir ebenso der Behauptung Mühlenbruchs (Pand. §. 491. N. 6.) und Andrer, es habe das richterliche Urtheil eine Solidarität neu einführen können.

2) Kr. Bl. 4, 11.

3) Civilproceß S. 667. 679.

4) Planck hat sich (in der Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten) über die Frage nicht ausgesprochen.

Eigenthümer eines Sclaven, die mit einer Noxalklage und derjenigen Personen, die mit einer act. adject. qualitatis haften. Sie lassen sich sämmtlich einem Begriffe unterstellen: sie sind Klagen ex persona aliena. Nicht die eigne Forderung klagt der Adstipulator ein, nicht die eigne Schuld wird gegen den Adpromissor, gegen den Herrn des Sclaven, den Schiffsrheder u. s. w. geltend gemacht, sondern eine fremde; sie sind deshalb sämmtlich accessorische Forderungen und Schulden.

Im Uebrigen verlangt es nicht bloß die Deutlichkeit der Darstellung, sondern die Verschiedenheit des Rechtsstoffes, daß wir zwei Verhältnisse scheiden:

a) das Verhältniß von Fidejussor und Promissor, von Adstipulator und Stipulator [1]), Gewalthaber und Unterworfnem, Schiffsrheder und Schiffer, Handelsherr und Faktor;

b) das Verhältniß mehrerer Adpromissoren, Adstipulatoren, Sclavenherrn, Schiffsrheder, Handelsherrn unter einander.

Ad a. In den Fällen sub a. ist in den verschiedenen Personen nicht dieselbe Obligation vorhanden; der Eine haftet für etwas ganz andres als der Andre. Der Promissor verspricht, daß er zahlen werde, der Fidejussor, daß er dafür aufkommen wolle, daß der Promissor zahle; daher verspricht der Fidejussor nicht wie der Sponsor mit den Worten idem dari spondeo, sondern mit idem fidepromitto; daher haftet der Fidejussor — selbst abgesehen vom benef. excussionis — erst nach dem Hauptschuldner, so daß die Obligation des Letztren im Allgemeinen die plenior [2]) ist:

l. 5. de fid. 46, 1: ... rei obligatio plenior est;

daher haftet der Fidejussor wohl für Culpa und Mora des Hauptschuldners, nicht aber umgekehrt der Hauptschuldner für die des Fidejussor; daher heißt es in l. 13. de d. r. 45, 2. und in l. 5. de fid. 46, 1. übereinstimmend, daß die Verpflichtung des Haupt-

---

1) Genaue Untersuchungen über Adpromissoren und Adstipulatoren s. bei Bekker proc. Cons. S. 167 f. S. 182—207. und bei Huschke, Gaius S. 66. bis 87; über den Sponsor bei Rudorff in Zschr. f. gesch. Rw. 14, 355—364.

2) Ueber l. 93. §. 3. de sol. 46, 3, worin Papinian lehrt, daß die naturale Obligation des Hauptschuldners gegenüber der civilen des Bürgen nicht plenior sei, s. unten §. 32. III.

schuldners und Bürgen nicht »ejusdem potestatis«, sondern daß »aliqua differentia obligationum« vorhanden sei. Diese Ausführung läßt sich auf die übrigen sub a. aufgestellten Fälle vollständig übertragen, also haftet der Gewaltunterworfne weil er delinquirt, der Gewalthaber weil er nach prätorischer Anordnung dafür aufkommen soll, daß jener delinquirt u. s. w. Hier wo überall die Haftung des Einen eine qualitativ und quantitativ [1]) ganz andre ist als die des Andren, ist unmöglich Raum für eine Correalobligation gegeben. Mit Papinian in l. 9. §. 1. de d. r. 45, 2. sagen wir vielmehr: verius est, non esse duos reos, a quibus *impar suscepta est obligatio*, und mit Gaius in l. 15 eod.: si id quod ego et Titius stipulamur *in singulis personis proprium intelligatur*, non poterimus duo rei stipulandi constitui, veluti quum usumfructum aut dotis nomine dari stipulemur, idque et Julianus scribit [2]). Den Ausspruch von Windscheid [3]): „der sponsor, fidepromissor, fidejussor versprechen die Schuld des Hauptschuldners; das Band, welches jenen bindet, wollen sie auf sich erstrecken; sie wollen sich nicht durch ein neues Band binden", vermögen wir deshalb nicht als richtig anzuerkennen; jene Personen versprechen nicht „die Schuld des Hauptschuldners", sondern daß sie für diese Schuld aufkommen wollen.

Wir behaupten demnach, daß zwei Obligationen von verschiednem Inhalt entstanden sind, die zwar in einer gewissen Abhängigkeit zu einander stehen, die wir aber um des verschiednen Inhalts halber nicht zu den Correalobligationen rechnen dürfen. Worin besteht jene Abhängigkeit?

Wenn eine Correalobligation beabsichtigt, aber wegen Verschiedenheit des Gegenstandes nicht zu Stande gekommen ist, so lehrt l. 15. de d. r. 45, 2, daß zwei Obligationen entstehen; die Erfüllung der einen hebt die andre ipso jure nicht auf (nihilominus alteri obligatus manet), aber sie erzeugt eine exc. doli (sed dicendum est ut, si decem alteri solverit, ab altero liberetur). Hier haben

1) Der Gewalthaber haftet nur auf Höhe des Peculium, des in rem versum, bei Delicten mit noxae deditio.

2) Vgl. auch die duo fabri *ejusdem peritiae* in l. 5. de d. r. 45, 2.

3) Münchner krit. Ueberschau 6, 228.

wir es mit zwei Obligationen zu thun, die keine Solidarobligationen sind (— sonst würde die Tilgung der einen die andre ipso jure aufheben —), die aber doch in einer gewissen Abhängigkeit zu einander stehen, indem die Erfüllung der einen eine exc. doli gegen eine Forderung aus der andern giebt. Von diesen beiden (abgesehen von der Erfüllung durchaus von einander unabhängigen Obligationen) unterscheiden sich diejenigen Obligationen, mit deren juristischer Natur wir uns hier beschäftigen, dadurch daß sie zu einander im Verhältniß der Accession stehen — ein Verhältniß aus welchem folgt, daß die Aufhebung der principalen die accessorische nicht bloß ope exceptionis, sondern ipso jure aufhebt[1]). Dies Verhältniß aber ist weder das der Correal-[2]) noch das der Solidarobligationen.

Was ist für die angebliche Correalität von unsren Gegnern angeführt worden[3])?

Brinz gründet seine Auffassung der Correalität ganz und gar auf das in der accessorischen Obligation liegende Vertretungsprincip. Hiervon dürfen wir, da wir in der früheren Darstellung mittelbar und unmittelbar dagegen polemisirt, im Nachfolgenden abstrahiren.

---

1) Dieser Satz bleibt trotz des Widerspruchs von Girtanner (Bürgschaft S. 79 f. 495 f.) giltig; denn weder daß zuweilen gegen den Bürgen act. utiles oder doli gegeben werden (z. B. l. 19. de d. m. 4, 3. l. 32. §. 5. de us. 22, 1. l. 49. pr. de v. o. 45, 1.), noch daß er im Falle der l. 60. de fid. 46, 1. verhaftet bleibt, ist eine Ausnahme; s. §. 24. I.

2) Anders die herrschende Ansicht; auch sprechen Savigny (Obl. R. S. 147 f.) und Kuntze (Obl. S. 236) es ausdrücklich aus, daß der Accessionscharakter und die Correalität keinen Gegensatz bilden; nur meint Savigny, daß durch das Zusammentreffen Beider die Correalschuld nicht in ihrer reinen und vollständigen Natur erscheinen kann.

3) Vielleicht ward bei allen Schriftstellern unbewußt ein Motiv besonders wirksam: das Bestreben bei der Aufstellung juristischer Begriffe sparsam zu Werke zu gehen, und auf einen feststehenden Begriff (Correalität) soviel Verhältnisse als möglich zurückzuführen. Seit Jhering kennen wir die Bedeutung und Wichtigkeit jener Sparsamkeit; allein auch sie hat ihre Grenze, und wir glauben uns keinen Vorwurf zuzuziehen, wenn wir behaupten, es genüge, um das Abhängigkeitsverhältniß mehrerer Obligationen untereinander zu bestimmen, nicht der Begriff der Correalität und Solidarität, es müsse vielmehr der Begriff der Accessionsqualität als ein selbständiger und dem der Correalität und Solidarität coordinirter hingestellt werden.

Die Andren[1]) berufen sich auf die Identität der Obligationen ihrem Inhalt nach — ein Argument, das bereits oben S. 263. widerlegt ist —, ferner darauf, daß die Litiscontestation mit dem Einen Schuldner auch den Andren befreit; beim Fidejussor beziehen sie sich auch darauf, daß die an ihn geschehene Acceptilation sowie der von ihm geschworne Eid[2]) dem Hauptschuldner zu Statten kommt, ja man findet sogar in zwei Leges (l. 1. §. 8. de obl. et act. 44, 7. l. 8. §. 8. de fidej. 46, 1.) die Identität der Haupt- und Fidejussionsschuld ausdrücklich ausgesprochen. Alle diese Argumente halten einer eingehenden Prüfung nicht Stand.

Was zunächst die Litiscontestation betrifft, so läßt sich mit Grund behaupten, daß mit der Ribbentropp'schen Entdeckung ein gewisser Mißbrauch getrieben worden ist. Ribbentropp hatte gezeigt, daß die Litiscontestation mit einem der Correalschuldner, nicht aber die mit einem Solidarschuldner die Andren befreie; daraus zog man den Schluß, daß überall, wo durch die Litiscontestation mit Einem ein Andrer befreit werde, eine Correalschuld vorliege; die Wirkung der Litiscontestation war seitdem das äußere Kennzeichen der Correalobligation. Wie unrichtig dies ist, ergeben eben unsre accessorischen Obligationen; es läßt sich kein Proceß über die accessorische Obligation denken, welche nicht zugleich ein Proceß über die Hauptobligation wäre[3]); wird eine accessorische Obligation geltend gemacht, so liegt darin immer zugleich die Geltendmachung der Hauptobligation; war deshalb mit dem Hauptschuldner Lis contestirt, so wurde der Nebenschuldner civiliter befreit,

---

1) Die Literatur ist sehr reich, dieselbe ist gesammelt von Samhaber Corr. S. 170. N. 29. S. 176. N. 52. S. 178. N. 58.

2) Samhaber Corr. S. 171. N. 33. beruft sich auch darauf, daß nach l. 60. de fidej. auch die Novation allseitig zerstörend wirke; allein hier heißt es bloß, daß die durch Novation bewirkte Aufhebung der Hauptschuld den Bürgen befreie; nichts berechtigt zur Annahme, daß umgekehrt die Novation der Fidejussionsschuld den Hauptschuldner befreie, denn dann müßte ja wieder der Fidejussor, weil es an einer Hauptschuld fehlt, frei werden.

3) Daher der Streit, ob wenn die act. de pecun. constit. angestellt werde, zugleich die Hauptobligation consumirt werde; Ulpian in l. 18. §. 3. de pec. const. 13, 5. weiß keinen andren Grund für die Verneinung als: *tutius* est. Vgl. Bruns in Zschr. f. Rechtsg. 1, 79; und unten §. 26.

weil, wenn die Klage gegen ihn hätte angestellt werden sollen, ein Proceß über die bereits consumirte Hauptobligation nochmals hätte gegeben werden müssen; war mit dem Nebenschuldner Lis contestirt, so wurde der Hauptschuldner civiliter befreit, weil in der Anstellung der Klage über die accessorische Schuld gleichzeitig eine Anstellung der Klage über die Hauptschuld lag.

Worin die allseitig zerstörende Kraft der an den Fidejussor geschehenen Acceptilation liegt, erkennen wir aus dem Eide. Dieser letztre wirkt nur dann allseitig »si modo interpositum est ut de ipso contractu et de re, non de persona jurantis ageretur«[1]; wenn nämlich der Fidejussor »de ipso contractu et de re« schwor, so trat er als einer, welcher den Hauptschuldner befreien wollte auf[2]; wäre dies nicht die Absicht gewesen, so ließe sich gar nicht einsehen, warum er »de ipso contractu et de re«, warum er nicht bloß »de persona« geschworen. Diese Absicht, den Hauptschuldner zu befreien, ist bei jeder Acceptilation vorhanden; es ist dies durch die Worte der Acceptilationsformel »habesne acceptum« geboten; ein fidejubere kann nicht acceptoferirt werden, sondern nur ein dare facere; von einem fidejubere kann man nicht sagen, man habe es empfangen, sondern nur von einer schuldigen Leistung; es muß demnach die Acceptilationsformel hauptsächlich auf Erlaß der Hauptschuld gegangen und die Fidejussionsschuld nur zusätzlich angefügt worden sein, etwa in folgender Weise: quae centum tibi Titium dare oportet, quo nomine ego fidejussor exstiti, habesne ea accepta?[3] Daß aber diese Formel dem Hauptschuldner zu Gute kommt, folgt wie beim Eide eben daraus, daß Jeder einen Andern auch ohne dessen Willen und Wissen von einer Schuld befreien

1) l. 28. §. 1. l. 42. §. 1. de jurej. 12, 2. l. 1. §. 3. quar. rer. 44, 5. Vgl. den ähnlichen Fall in l. 26. §. 1. de jurej. 12, 2, wo der Vater gleichfalls bald de re schwört (filium dare non oportere), bald de persona (in peculio nihil esse).

2) Dies ist allgemein zulässig, s. S. 267. N. 1.

3) Ebenso verhielt es sich beim Fidepromissor; bei dem Sponsor hingegen, der sich mit idem dari verpflichtete (Gai. 3, 116), konnte die Acceptilationsformel unmittelbar auf den Erlaß der Schuld des Sponsor gestellt werden, trotzdem kam wahrscheinlich auch dessen Acceptilation dem Hauptschuldner zu Gute, weil dies bei allen Solidarobligationen Statt hat, s. unten §. 27.

kann[1]); denn nur solche Verträge zu Gunsten Dritter, wodurch diese Rechte erwerben, nicht aber solche, wodurch sie von Schulden befreit werden sollen, sind nach Römischem Recht ungiltig.

Nach den bisherigen Ausführungen darf man erwarten, daß l. 8. §. 8. de fid. 46, 1. und l. 1. §. 8. de obl. et act. 44, 7. der entgegengesetzten Ansicht keine Stütze gewähren. In der That läßt sich dies mit Sicherheit von l. 8. §. 8. de fid. behaupten, sie lautet:

> Si qui Stichum stipulatus fuerit, fidejussorem ita acceperit: Stichum aut decem fide tua jubes? non obligari fidejussorem Julianus ait, quia durior ejus fit conditio, utpote quum futurum sit, ut mortuo Sticho teneatur. Marcellus autem notat, non ideo tantum eum non obligari, quia in duriorem conditionem acceptus est, sed *quia in aliam potius obligationem* acceptus est...

Man schließt arg. e contr. daß, hätte sich der Bürge regelrecht auf Stichus verpflichtet, er »in eandem obligationem« bestellt wäre, und folgert hieraus, er stehe mit dem Hauptschuldner in derselben Obligation. Dieser Schluß ist aber unzulässig, denn »in eandem obligationem accipi« ist weitverschieden von »obligationis participem esse«, dem technischen Ausdruck für Correalschuldner[2]); es bedeutet nur, der Bürge habe sich für denselben Gegenstand verbürgt, welchen der Hauptschuldner versprochen habe; hingegen das juristische Verhältniß, in welchem der Bürge zum Hauptschuldner steht, wird durch jene Worte nicht angedeutet. — Bedeutender ist l. 1. §. 8. de o. et a. 44, 7:

> Sed aut proprio nomine quisque obligatur aut alieno; qui autem alieno nomine obligatur, fidejussor vocatur, et plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, *qui eadem obligatione tenentur*, dum curamus ut, quod in obligationem deduximus tutius, nobis debeatur.

Wenn es hier vom Bürgen heißt »eadem obligatione tenetur«, so läßt sich der Gedanke nicht abweisen, es habe der Jurist das

1) l. 39. de neg. gest. 3, 5. l. 53. de sol. 46, 3. l. 8. §. 5. de nov. 46, 2. Bekker proc. Conf. S. 140.

2) Vgl. oben §. 20. S. 241. 242 f.

Verhältniß des Bürgen zum Hauptschuldner präcisiren wollen. Allein sind jene Worte wirklich ganz sicher? Der Sprachgebrauch ist gegen sie; nirgends sonst findet man teneri obligatione, sondern nur obligatio tenet [1]), und deshalb hat Fritz [2]) die passende Conjectur vorgeschlagen, vor »eadem« die Partikel »pro« einzuschalten [3]). Will man dem nicht beitreten, so wird man zugeben, daß auf eine beiläufige Aeußerung eines Juristen nicht eine Theorie gegründet werden darf, zumal eine solche, welche andren zahlreichen Argumenten widerspricht.

Ist aber unsre Ausführung richtig, so hat unsre in §§. 18 sq. gegebne Erklärung der Correalobligation nicht wenig gewonnen; nur wo es sich um eine Abwendung des »nomina sunt ipso jure divisa« handelt, entstehen Correalobligationen; bei accessorischen Obligationen würde jener Satz niemals Anwendung finden können, daher sind sie auch nicht zur Begründung von Correalobligationen geeignet.

Ad b. Wird wenden uns zum Verhältniß mehrerer Fidejussoren, Gewalthaber eines Sclaven, Schiffsrheder und Handelsherrn untereinander [4]). Dieselben erachten wir für Solidarschuldner und zwar für Solidarschuldner zweiter Gattung (§. 17). Fast scheint es, daß diese so zahlreichen Fälle nicht auf eine gemeinsame Grundlage zurückgeführt werden können; denn bald handelt es sich um Obligationen aus Geschäften, bald aber aus Delicten (Noxalklagen aus Vergehen der Gewaltunterworfnen), bald gründen sie sich auf ein Versprechen (Fidejussor), bald auf einen Auftrag (act. exerc. und instit.), bald auf die Billigkeit (Noxalklagen). Dennoch aber giebt es ein allen Fällen gemeinsames Element, und dies gerade ist das Wesentlichste, das die Natur jener Obligationen Bestimmende. Alle jene Personen nämlich müssen für fremde Handlungen oder Unter-

1) l. 1. §. 1. de nov. 46, 2.

2) Zsch. f. Civilr. u. Pr. Bd. 18. S. 385. N. 92.

3) So heißt es auch in l. 23. de pact. 2, 14: cum alio facta conventio prodest, sed tunc demum, quum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei qui pactus est proficiat, sicut in reo promittendi *et his qui pro eo obligati sunt.*

4) Auch hier herrscht Streit; die Literatur ist von Sambaber S. 171. N. 30. S. 176. N. 52. gesammelt.

lassungen aufkommen. Der Gewalthaber muß dafür aufkommen, daß der Gewaltunterworfne ein Delict begangen hat, der Schiffsrheder und Handelsherr dafür, daß der Capitän und Factor den übernommnen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist, der Fidejussor dafür, daß der Hauptschuldner nicht erfüllt hat. Was namentlich den Fidejussor anbetrifft, so ist bereits früher (S. 262) bemerkt worden, daß er selbst abgesehen vom benef. excussionis erst nach dem Hauptschuldner haftet, d. h. seine Haftung hat nur einen entfernten Grund in seiner Stipulation, die causa proxima ist die Nichterfüllung des Hauptschuldners; das ergiebt sich schon aus seiner Stipulationsformel, denn nicht ein dare, sondern ein fidejubere hatte er versprochen; wenn er jetzt auf Zahlung belangt wird, so ist das Fundament der Klage nicht, daß er die Zahlung versprochen, sondern daß er dem fidejubere nicht nachgekommen und dafür Ersatz leisten muß[1]); durch sein dem Gläubiger abgegebnes Versprechen kommt er deshalb in keine andre Lage als der Rheder und Handlungsherr durch sein Mandat an Capitän und Factor (welches eigentlich für den Gläubiger res inter alios acta ist), als der Gewalthaber durch die Billigkeit bei Delicten der Gewaltunterworfnen. Erwägt man dies, so läßt sich eine Analogie nicht von der Hand weisen. Wir führten in §. 17. S. 218 f. 222. aus, daß in gewissen Fällen dadurch eine Obligation entsteht, daß Jemandem fremde Handlungen zugerechnet werden, und hiervon machten wir bei mehreren Mandatoren Anwendung, indem wir zeigten, daß, da eine theilweise Imputation unmöglich ist, jeder Mandator solidarisch (auch bei Geldcondemnation) haften muß. Ganz dasselbe Rechtsverhältniß findet in den vorliegenden Fällen Statt und es ist deshalb gleichgiltig, ob die mehreren Fidejussoren zusammen oder in getrennten Acten stipulirt, ob die mehreren Schiffsrheder zusammen oder jeder besonders den Capitän engagirt und beauftragt haben u. s. w.; immer haftet jeder

1) Dasselbe gilt vom Fidepromissor, der ja das fidepromittere zusagt; doch könnte es scheinen, als ob wir für den Sponsor, der mit „idem dari spondesne“ verpflichtet würde, einen andern Rechtssatz aufstellen möchten; indeß lehnen wir dies ab. Allerdings ist das hier gebrauchte Wort zweifelhaft; geht man aber auf id quod actum est zurück, so ergiebt sich, daß auch der Sponsor nur für den Fall, daß der Hauptschuldner nicht zahlt, haften soll.

solidarisch, auch wenn es zur Geldcondemnation kommt [1]). Nur zwei Unterschiede sind vorhanden: 1) Gläubiger ist bei act. mand. contrar. derjenige, welcher die Handlung selbst vollzogen (der Mandatar), hier hingegen ein Dritter; 2) die Verhaftung ist bei act. mand. contr. eine principale, hier hingegen eine accessorische. Die accessorische Qualität dieser Obligationen in Verbindung mit der Identität des Obligationsinhalts [2]) ist es, was sie den Correalobligationen so sehr ähnlich macht. Daraus folgt zunächst, daß jede Aufhebung der Principalobligation auch die accessorische aufhebt [3]); doch würde dieser Umstand wohl kaum dahin geführt haben, jene Personen für Correalschuldner zu erklären, da ja das Accessionsverhältniß mit Nothwendigkeit zu jenem Rechtssatze führt. Wichtiger ist, daß Rechtsacte, welche mit der einen accessorischen Obligation vorgenommen werden, auf die Principalobligation und mittelbar auf die andren accessorischen Obligationen zurückwirken; es sind dies folgende drei:

1) wenn einem accessorischen Schuldner acceptoferirt wird, so werden dadurch alle übrigen frei. Der Grund hiervon ist bereits oben S. 266. [4]) auseinandergesetzt worden. Die Acceptilationsformel konnte nur auf die Hauptschuld gestellt werden, daher mußte zunächst diese durch die Acceptilation untergehen, folgeweise aber auch alle accessorischen Schulden. Ausgesprochen ist dies in

1) l. 1. §. 25. l. 2. l. 3. l. 4. §. 1. de exerc. 14, 1. l. 13. §. 2. de inst. 14, 3.

2) Doch ist diese Identität von geringerem Gewicht; sie findet sich auch bei den Solidarobligationen, wo doch Mehrheit der Obligationen vorhanden ist. — Auch bedarf es wohl kaum der Bemerkung, daß diese Identität auch vorhanden ist, wenn ein Sclave delinquirt, ohne daß dessen Herren davon wissen; wenngleich diese durch noxae deditio ihrer Eigenthumsquote sich frei machen können (so daß jeder eine andre pars dominii abtritt), so ist doch die Schuld für jeden gleich, da die noxae deditio nicht in obligatione, sondern bloß in solutione ist. Früher war dies bestritten, vgl. Bangerow Pand. §. 689. Anm. No. 2.

3) Z. B. wenn der Gläubiger mit dem Hauptschuldner, dem Institor eine Acceptilation abschließt, wenn er mit ihm eine Novation eingeht, so werden alle Bürgen, Handlungsherrn u. s. w. frei. Savigny Obl. R. 1, 213 f.

4) Nur wurde dort die Sache von einem andren Standpunkt aus behandelt; dort handelte es sich um den Einfluß, welchen die Acceptilation mit dem accessorischen Schuldner auf die Hauptschuld äußerte, hier um ihren Einfluß auf sonstige accessorische Schulden.

l. 16. pr. de acc. 46, 4: *Si ex pluribus obligatis uni accepto feratur, non ipse solus liberatur sed et hi qui secum obligantur;* nam quum ex duobus pluribusque ejusdem obligationis participibus uni accepto fertur, ceteri quoque liberantur, non quoniam ipsis accepto latum est, sed quoniam velut solvisse videtur is, qui acceptilatione solutus est.

Der zweite Theil der Stelle (von „nam quum" an) bezieht sich, wie oben S. 242. bemerkt worden ist, auf Correalobligationen; soll nun nicht eine bloße Tautologie vorliegen, so muß der erste Theil von einem andren Falle handeln, wie dies ja auch durch den Gegensatz „ex pluribus obligatis" und „ex duobus pluribusque ejusdem obligationis participibus" ausgedrückt ist. Wer nun aber ist unter den plures obligati zu verstehen? Offenbar zwei Arten: reine Solidarschuldner (§. 16. 17.) und accessorische Schuldner; und so erhalten wir aus den Quellen eine Bestätigung unsrer Behauptung, welche Savigny [1]) (vielleicht weil er den ersten Satz der l. 16. pr. cit. bloß auf Correalschuldner bezog) nicht zugab. Was vom accessorischen Schuldner, gilt auch vom accessorischen Gläubiger, dem Adstipulator; auch dieser befreit durch Acceptilation den Schuldner nicht bloß von sich, sondern vom Hauptgläubiger [2]).

2) Wenn in Folge einer Eidesdelation der eine accessorische Schuldner nicht bloß de persona, sondern de re schwört, so ist zunächst die Hauptobligation, folgeweise auch alle sonstigen accessorischen Obligationen aufgehoben. Die Gründe ergeben sich aus der Ausführung ad 1. Die Quellen erörtern diesen Fall nicht.

3) Durch Litiscontestation mit einem accessorischen Schuldner wird nicht nur der Hauptschuldner, sondern auch alle andren accessorischen befreit. Denn (wie bereits S. 265 f. ausgeführt wurde) in

1) Obl. R. 1, 214. Er meint die Acceptilation an den Unternehmer des Geschäfts hätte keinen Sinn gehabt, da er nicht eigentlich Schuldner war, sondern eine fremde Klage über sich ergehen lassen mußte. Aber (erwidern wir) ist er nicht gerade deshalb Schuldner? — Merkwürdig ist, daß Fitting, welcher doch die Acceptilation auch bei Solidarobligationen allseitig befreiend wirken läßt (Corr. §. 8. S. 48), sich nicht auf l. 16. pr. cit. beruft.

2) Gai. 3, 215. 216.

jeder Actio über eine accessorische Obligation liegt eine Actio über die Hauptobligation, folglich darf fernerhin weder diese noch eine andre accessorische eingeklagt werden. Die Quellen behandeln diesen Rechtssatz in zwei Fällen: bei mehreren Fidejussoren[1]) und bei mehreren Miteigenthümern eines delinquirenden Sclaven[2]). Es

1) l. 28. C. de fid. 8, 41.

2) Auf diesen Fall wollen wir ausführlicher eingehen, da hier eine Controverse besteht, und überdies die herrschende Ansicht einer Modification bedarf. Die Controverse betreffend, so behauptet Buchka (Einfluß des Processes 1, 114 ff.), daß die Litiscontestation mit einem Miteigenthümer den andren nicht befreit; er stützt sich zuerst auf l. 14. §. 2. de serv. corr. 11, 3. und l. 26. §. 3. de nox. act. 9, 4, wonach die Zahlung alle Miteigenthümer befreit, und versteht l. 8. und l. 20. pr. de interr. in jure 11, 1, wonach bereits die Litiscontestation ein Befreiungsgrund ist, von einer solchen Litiscontestation, welche die Zahlung zur Folge hatte. Das ist offenbar ein sehr gesuchtes Argument und die Anhänger der herrschenden Ansicht können ihm gewiß erwidern, daß, wenn in l. 14. §. 2. und l. 26. §. 3 cit. von Zahlung die Rede ist, dies darin seinen Grund hat, daß dies der bei weitem häufigere Fall ist. Die andren Argumente Buchkas führen uns auf die oben angedeutete Berichtigung, deren die herrschende Ansicht bedarf. Die herrschende Ansicht unterscheidet zwischen Miteigenthümern, die um das Delict wissen und es nicht verhindern, und denjenigen, welche nichts davon wissen; Fundament der Klage soll bei Jenen das eigne Verschulden sein, daher die Litiscontestation mit dem einen die andren nicht befreit; bei diesen hingegen das Delict des Sclaven, daher Correalobligation stattfinde und die Litiscontestation mit Einem Alle befreie; endlich wenn ein conscius mit einem nesciens concurrire, so seien gleichfalls verschiedne Obligationsgründe vorhanden, daher keine Correalobligation eintrete und die Litiscontestation für den Verklagten allein wirke. Für diese Auffassung läßt sich bloß anführen, daß nach einigen Stellen vom conscius condominus gesagt wird, er hafte suo nomine, sui facti nomine (l. 2. l. 5. pr. l. 9. de nox. act. 9, 4). Auf der andren Seite sprechen sehr erhebliche Gründe dagegen:

a) Nach l. 4. §. 3. de n. a. 9, 4. hat die actio noxa detracta (welche gegen den conscius geht) ganz dasselbe Fundament, wie die actio cum noxae deditione (welche gegen den nesciens geht), und daher steht, wenn die act. detracta noxa angestellt und abgewiesen ist, weil der Verklagte nesciens war, der Anstellung der act. cum nox. dedit. die exc. rei judicatae entgegen „quia res in superius judicium deducta et finita est"; andrerseits kann der Kläger, solange das judicium detracta noxa dauert, in demselben zum Antrage auf noxae deditio überspringen, und seine Klage auf bloßes Nichtwissen des Verklagten stützen. Ebenso umgekehrt, wenn die Klage cum nox. dedit. angestellt ist. — Diese Lex bietet den Interpreten, welche Anhänger der herrschenden Ansicht sind, große Schwierigkeiten. Ribbentrop meint die exc. rei judic. und die

verdient dabei hervorgehoben zu werden, daß die Justinianeische Verordnung bezüglich der Wirkung der Litiscontestation (l. 28. C.

Worte „quia res in superius judicium deducta est" seien nicht in technischer Bedeutung zu nehmen (Corr. S. 248). Brinz hingegen hält „die Entwerthung jener beiden Termini für zu gewagt", und argumentirt vielmehr folgendermaßen: die Klage noxa detr. und cum nox. ded. hätten sich nur unwesentlich in ihrer Fassung unterschieden, die letztre verhalte sich zur erstren etwa wie der Theil zum Ganzen; deshalb habe man die eine durch die andre consumiren lassen, zugleich aber, um Härten zu vermeiden, dem Kläger gestattet, von einer Klage, solange der Proceß dauert, auf die andre überzuspringen (Krit. Bl. 4, 15 ff.). Wir können dieser Argumentation nicht beitreten; zwei Klagen, welche, wie Brinz mit der herrschenden Ansicht behauptet, auf verschiednem Fundament beruhen, können doch unmöglich in dem Verhältniß von Theil und Ganzem zu einander stehen; und daß das mehrfach gedachte Ueberspringen bloß aus Billigkeitsrücksichten gewährt worden ist, ist in der Ler mit keinem Worte angedeutet, es waren ja andre Hilfsmittel gegen die Härten der processualischen Consumtion vorhanden, vor Allem die in integrum restitutio (vgl. den ganz analogen Fall in l. 13. pr. de inst. act. 14, 3). — Auch mit Bekker (Proc. Consumtion S. 230 ff. 259) können wir nicht übereinstimmen; er meint, die Klage gegen den conscius beruhe auf andrem Fundament als die gegen den nesciens; aber man habe sich gewöhnt, sie als auf demselben Fundament beruhend anzusehen und die exc. rei jud. zu geben, weil jenes Ueberspringen erlaubt war. Nun ist jene Gewöhnung gewiß ein sehr zweifelhaftes Argument; aber vor allen Dingen mußte doch Bekker zeigen, weshalb das Ueberspringen gestattet war?

b) Nach l. 9. de nox. act. 9, 4. wird der nesciens befreit, wenn mit dem conscius Lis contestirt ist; das dürfte nach der herrschenden Ansicht nicht Statt finden, und deshalb versteht Ribbentropp (Corr. S. 250. N. 8, — auch Buchka a. a. O. S. 117 in der Note) die l. 9. von einer Litiscontestatio, welche die Zahlung zur Folge gehabt habe. Wir haben hiegegen wiederum einzuwenden, daß eine solche Argumentation nicht füglich zulässig ist.

c) Noch ein allgemeinerer Einwand ist zu machen. Der conscius haftet „quia non prohibuit" (l. 2 pr. l. 3. l. 4. pr. de nox. act. 9, 4), das ist ein rein negatives Verhalten; nun gehört doch zu jeder Delictsklage ein schuldvolles positives Handeln (selbst im Criminalrecht giebt es nur höchst wenige delicta omissionis); wie sollte also der Herr durch Nichthindern ein eignes Delict begehen? Allerdings liegt darin eine niederträchtige Gesinnung, und das berechtigte den Prätor, das Recht der nox. deditio ihm abzusprechen; es grenzte sehr nahe an ein Delict, war aber doch keines, gerade so wie infitiando depositum nemo facit furtum, licet infitiatio prope furtum est (l. 67. pr. de furt. 47, 2).

Unsre Meinung ist folgende: Man muß unterscheiden zwischen dem Herrn, welcher dem Sclaven die Verübung des Delicts anbefiehlt, demjenigen der darum

Römischen Juristen sehr scharf; denn wo „impar obligatio suscepta est", wo das Versprechen „in singulis personis proprium (d. h. etwas Verschiednes) intelligitur", ist die Entstehung einer Correalobligation unmöglich [1]).

Dies das Grundprincip: es läßt sich aber nicht bezweifeln, daß in einer Beziehung eine Ausnahme zulässig ist.

Nicht zwar ist es als Ausnahme zu characterisiren, daß der eine Correus pure, der andre sub conditione berechtigt resp. verpflichtet sein kann [2]). Hier ist nur zweifelhaft, ob der bedingte Correus am Correalverhältniß Theil nimmt oder nicht; und wenn bloß zwei Correi vorhanden sind, so ist es zweifelhaft, ob eine Correalobligation oder eine einfache Obligation entsteht; dieser zweifelhafte Zustand wird durch Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung entschieden, und deren Rückziehung bewirkt, daß von Anfang an die Correalobligation einen und denselben Inhalt für alle Correi hatte [3]).

Ebensowenig liegt eine Ausnahme darin, daß für die Sonderobligation des einen Correus Accessionen (Bürgen, Pfänder) haften können [4]). Wenngleich dies ein unwiderleglicher Beweis dafür ist, daß neben der Gesammtobligation noch Sonderobligationen angenommen werden müssen [5]), so wird doch dadurch die Obligation des Correus selbst nicht im Geringsten verändert oder vergrößert; Bürgen und Pfänder sind Zusätze, Accessionen.

---

1) Beispiele siehe in l. 9. §. 1. l. 15. de d. r.; vgl. auch die l. 5 eod., wonach die beiden fabri, die sich als Correalschuldner verpflichten wollen, ejusdem peritiae sein müssen. — Welches Rechtsverhältniß eintritt, wenn eine Correalobligation beabsichtigt wird, aber wegen Ungleichheit des Inhalts nicht entsteht: darüber haben wir bereits im §. 22. S. 263 ff. gehandelt.

2) Dies hält Kuntze Obl. S. 148. Anm. 2. der Einheitstheorie entgegen, und auch Ribbentropp Corr. S. 15. 23 ff. weiß es nur durch Bezugnahme auf den objectiven Bestand und die subjective Beziehung zu erklären.

3) Fitting Corr. S. 90.

4) l. 6. §. 3. de d. r. 45, 2. l. 40. de fid. 46, 1. l. 51. §. 2 eod.

5) Denn wenn man in der Correalobligation bloß Eine Obligation (und nicht zugleich mehrere) sieht, so bleibt es unerklärlich, wie ein Bürge bloß für Einen Correus haften könne, und weshalb, wenn von den einzelnen Correi verschiedne Bürgen gegeben sind, unter diesen kein benef. divisionis Statt finde. Fitting Corr. S. 98—100.

Auch das ist keine Ausnahme, daß der Eine civiliter, der Andre naturaliter obligirt werden kann, z. B. wenn ein Freier und ein Sclave als Correi promittiren (l. 12. §. 1. de d. r. 45, 2). Die Einheit des Freien und Sclaven hat mit der Unfreiheit des Letztren nichts zu schaffen, die Gesammtobligation ist eine klagbare, aber die entstehenden Sonderobligationen sind es nicht in gleicher Weise: die Unklagbarkeit der Sclavenobligation entsteht also nicht im Gebiet der Gesammtobligation, sondern erst innerhalb der Sonderobligation des Sclaven.

Eine wahre Ausnahme sehen wir erst darin, daß ein dies für einen der Correi hinzugefügt werden kann[1]); wird auch dadurch das Dasein der Obligatio nicht hinausgeschoben[2]), so finden wir dennoch darin immer eine imparitas obligationis, — mit demselben Recht, mit welchem Papinian in l. 9. §. 1. de d. r. 45, 2. in der von Einem Correus ausbedungnen Haftung für Culpa eine Ungleichheit des Obligationsinhalts sieht. Doch läßt sich wohl der Grund angeben, weshalb die Römer jene Ausnahme beim Dies statuirten. Wenn nämlich mehrere Correi, die an verschiednen Orten wohnten, an einem dritten Ort zu leisten versprachen, so mußte für Jeden naturgemäß eine besondre Frist laufen, wenn ihr Wohnort vom Erfüllungsort nicht gleichweit entfernt war[3]). Diese Fristen waren keine Abweichung von dem Grundsatz, daß die Correalobligation für alle Correi denselben Inhalt haben sollte; sie entstanden nicht mit der Gesammtobligatio, sondern erst, nachdem diese Sonderobligationen erzeugt hatte, daher weist auch Papinian auf die Sonderobligationen hin (um nämlich aufmerksam zu machen, daß die Fristen erst innerhalb der Sonderobligationen entstanden sein):

> nam etsi maxime parem causam suscipiunt (d. h. die Gesammtobligation hatte für beide Correi denselben Inhalt), nihilominus in cujusque persona propria singulorum consistit obligatio (aber innerhalb der Sonderobligationen sind Verschiedenheiten möglich).

War nun aber auf diese Weise durch die Natur der Sache eine

1) l. 7. de d. r. 45, 2. §. 2. J. eod. 3, 17.
2) Dies betont Fitting Corr. S. 90.
3) l. 9. §. 2. de d. r. 45, 2.

die obengedachte zweite Ansicht die l. 88. l. 91. §. 4. de v. o. 45, 1. und l. 95. §. 1. de sol. 46, 3. angeführt. Nun ist es schon auffallend, daß Paulus, von welchem die für die erste Ansicht sprechende l. 49. pr. de v. 45, 1. herrührt, in l. 88. und l. 91. §. 4. de v. o. 45, 1. und daß Papinian, von welchem die gleichfalls für die erste Ansicht sprechende l. 19. de d. m. 4, 3. herrührt, in l. 95. §. 1. de sol. 46, 3. ihre Ansicht gewechselt haben sollen; indeß, wenn auch auffallend, so ist es doch nicht unmöglich; und wir müssen demnach den Text jener Fragmente genauer ansehen. In l. 88 cit. heißt es:

„.. sed si fidejussor hominem occiderit[1]), reus liberatur, fidejussor autem ex stipulatione conveniri potest".

Anscheinend freilich ist dies ganz gegen Papinian, welcher in l. 19. de dolo malo 4, 3. unter Berufung auf Neratius und Julian lehrt, daß »debitore liberato per consequentias ipse quoque fidejussor dimittitur«, und deshalb die act. doli gegen den Fidejussor gewährt. Indeß doch bloß anscheinend, denn »ex stipulatione conveniri« ist doch nicht identisch mit »actione ex stipulatu conveniri«; das konnte Paulus sehr wohl vom Fidejussor sagen, daß er ex stipulatione hafte; ohne eine solche wäre niemals für ihn eine Haftung gegenüber dem Gläubiger eingetreten; sie bildet noch jetzt nach der Tödtung die entfernte[2]) Grundlage seiner Verbindlichkeit; über die Klage, mit welcher die letztre verfolgt werden muß, schweigt Paulus in l. 88. cit. gänzlich; hätte er sich zu Neratius, Julian und Papinian in Widerspruch setzen wollen, so hätte er wohl jener gedacht und sie zu widerlegen versucht; kurz, wir können ihm mit Sicherheit als mit jenen consentirend ansehen.

Die l. 91. §. 4. de v. o. 45, 1. lautet:

Nunc videamus in quibus personis haec constitutio locum habeat; quae inspectio duplex est, ut primo quaeramus quae personae efficiant perpetuam obligationem, deinde quibus eam producant. Utique autem principalis debitor perpetuat obligationem; accessiones an perpetuent, dubium

1) Was von der Tödtung des Sclaven durch den Fidejussor, gilt auch von dem Casus bei Mora des Fidejussor.

2) Die causa proxima ist die Tödtung.

est; Pomponio perpetuari placet; quare enim facto suo [1]) fidejussor suam obligationem tollat? Cujus sententia vera est; itaque perpetuatur obligatio tam ipsorum quam successorum eorum; accessionibus quoque suis, id est fidejussoribus, perpetuant obligationum qui in totam causam spoponderunt.

Anscheinend wieder derselbe Widerspruch wie bei l. 88, allein offenbar nicht dasselbe Interpretationsmittel! Könnte man die Stelle von einem sponsor oder fidepromissor verstehen, so wäre Alles in der Ordnung, denn diese können sich ja auch zuweilen [2]) verpflichten, wenn die Hauptobligation ungiltig ist, also können sie auch zuweilen trotz Wegfalls der Hauptobligation verpflichtet bleiben; Grund für die Fortdauer ihrer Verpflichtung in unsrem Falle wäre eben der sie treffende Vorwurf der Culpa oder Mora. Und in der That weist der Text der Lex darauf hin, daß wir es mit einer Interpolation zu thun haben. Nicht zwar berufen wir uns auf das Schlußwort »spoponderunt«, dieses wird mannigfach von den andren Verbürgungsformen gebraucht. Unser Beweisgrund ist vielmehr der mittlere Satz:

Cujus (Pomponii) sententia vera est, itaque perpetuatur obligatio tam ipsorum quam *successorum eorum.*

Wer ist mit tam ipsorum quam successorum eorum bezeichnet? Man könnte versucht sein, darunter den Hauptschuldner und seine Erben zu verstehen, denn (könnte man sagen), Paulus will nach seiner im Anfang gegebnen Disposition erst handeln; wer perpetuirt die Obligation? und sodann: für wen wird sie perpetuirt? Diese zweite Untersuchung beginnt er in den Worten »itaque perpetuatur...«, und hier müßte er zuerst vom Hauptschuldner und dessen Erben sprechen. Indeß wäre es doch ganz trivial, wenn Paulus noch die Erben des Hauptschuldners besonders aufführen wollte; es versteht sich von selbst, daß sie, wie alle Obligationen, so auch die durch Culpa und Mora herbeigeführten Modifikationen übernehmen

1) Auch die Mora gehört zu den „facta", vgl. z. B. l. 58. §. 1. de fid. 46, 1: cum *facto suo* reus ... obligationem perpetuat .. veluti si *moram fecit* in Sticho solvendo ...

2) „Interdum" heißt es bei Gaius 3, 119.

Dissens (s. oben S. 279.) nicht Statt hatte; höchstens hat Papinian eine frühere Ansicht, durch welche er sich zu der allgemein herrschenden Meinung in Widerspruch gesetzt hatte, später aufgegeben; denn alle andren Juristen lehren, daß, wenn durch Culpa des Fidejussor, oder wenn nach der Mora des Fidejussor durch Casus der geschuldete Gegenstand untergeht, die Hauptobligation und folgeweise auch die accessorische Verpflichtung untergeht, so daß gegen den Fidejussor nunmehr doli oder utilis actio nothwendig wird.

Kehren wir jetzt zu der Erörterung des Rechtssatzes zurück, um dessenwillen die vorangehende Untersuchung angestellt worden ist! Fitting behauptete, daß durch Casus nach eingetretner Mora die Obligation materiell untergehe und nur formell insofern fortbestehe, als die alte Klage fortdauert; einen Beweis fand er bei dem Fidejussor, indem bei dessen Mora und eintretendem Casus einige Römische Juristen sogar die alte Klage verweigerten. Es ist aber gezeigt, daß es Seitens aller Juristen geschehen ist und daß dies in der accessorischen Natur der Fidejussio seinen Grund hat. Gerade dies accessorische Element fehlt bei der Correalobligation; es läßt sich demnach nicht behaupten, daß bei Mora des einen Correus die Obligation durch Casus für Alle untergehe und nur gegen den Morosen eine neue mit der alten Klage zu verfolgende Obligation entstehe; vielmehr geht nur die Sonderobligation des Nichtmorosen unter, diejenige des im Verzug befindlichen Correalschuldner dauert hingegen fort, weil sie perpetuirt wird. — —

Es muß aber noch darauf aufmerksam gemacht werden, daß der von Rückert und Fitting aufgestellte Gesichtspunkt nicht einmal zur Erklärung aller durch die Mora erzeugten Wirkungen hinreicht; denn wenn nach der Mora kein Casus eintritt, sondern bloß ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der verspäteten Erfüllung erwächst, so kann von jener Deduction kein Gebrauch gemacht werden. Und ferner: Rückert-Fitting handeln nur von der mora solvendi, nicht von der mora accipiendi; überträgt man aber ihre Ausführung auf die letztre, und setzt man eine obligatio *generis* voraus, so kommt man zu dem Schluß, daß, wenn der eine Correalgläubiger in Mora versetzt ist, die Andren bei hierauf eingetretnem Casus ihre Forderung verlieren, weil es hier zur Bildung einer neuen

Obligation zu Gunsten der andern Gläubiger nicht kommen kann; und doch widerspricht dieses Resultat durchaus den Worten der l. 173. de r. j. 50, 17: unicuique sua mora nocet; versetzt der Schuldner nur Einen Correalgläubiger in Verzug, so nützt ihm dies gegen die Uebrigen nur insofern, als er nunmehr einen Grund zur gerichtlichen Deposition hat.

Soviel von Rückert-Fitting's Ansicht. Ueber Brinz haben wir schon oben S. 238. gesprochen.

II. Culpa. Während die einzelnen Rechtslehrer hinsichtlich der Mora nur in den Deductionen abweichen, gehen sie bei der Culpa selbst in den Rechtssätzen auseinander. Die l. 18. de d. r. 45, 2:

Pomp. l. 5. ex Plautio: Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis factum alterius alteri quoque nocet,

welche das Gepräge der Corrumpirung an der Stirn trägt, und trotzdem jeder Conjectur, fast auch der Interpretation widerstehen zu wollen scheint, wird von sehr vielen Rechtslehrern auf die Culpa bezogen. Wir sagen: sie trägt das Gepräge der Corrumpirung an der Stirn; denn das Wort »factis« ist nicht bloß überflüßig, sondern auch schleppend. Und doch widersteht sie jeder Conjectur: denn die bisher vorgeschlagnen haben sich keinen allgemeinen Beifall errungen. Kuntze hat deren zwei vorgeschlagen: statt »quoque« soll »nequaquam« oder »non«, oder statt »promittendi« soll »stipulandi« gelesen werden[1]); allein der erstren steht entgegen, daß es wirklich Facta eines Correus giebt, die dem Genossen schaden (— wir kommen hierauf später zurück —), und der andren, daß ja das Factum beiden Correi (alteri *quoque*) schaden soll, während doch gewiß ist, daß viele Facta eines Correalgläubigers ihm allein nützen

1) Obl. S. 155. N. 9. Die Conjectur „non" würde dann zu dem von Kuntze so treffend benannten „Martyrologion des non" gehören. Die Conjectur „non" hält Fitting (Corr. S. 81. N. 96.) im historischen Sinne für geboten; er meint, anfänglich habe „non" gestanden, es sei aber von den Compilatoren dieses „non" wegen l. 5. C. de d. r. 8, 40. in „quoque" umgewandelt worden; allein diese Interpolation (scheint uns) würde ja vielmehr besagt haben, als sie besagen sollte. Uebrigens bezogen auch einige Glossatoren und Lauterbach (coll. th. pr. 45, 2. §. 30) die l. 18. cit. auf l. 5. C. cit.

Eben deshalb glauben wir auch nicht, daß Pomponius in l. 18. cit. den soeben gedachten Fall angedeutet habe. Es würde ganz dasselbe juristische Resultat eintreten, wenn A an B und C einen Sclaven verkauft, diese ihn hierauf vor der Tradition mit Verabredung der Correalität an D weiter verkauften, und nunmehr A die Tradition an B und C verweigert, oder den Sclaven an E verkauft und tradirt; auch hier würde das Factum des A dem B und C schaden; Pomponius aber hat sicherlich an einen Fall gedacht, wo nur um der Correalität willen das Factum des einen Correus dem andren schadet.

Welches ist dieser Fall?

Mit dieser Frage heben wir einen Grundzug in den übrigen Interpretationen von l. 18. hervor; dieselben lassen nämlich l. 18. nicht als allgemeines Princip gelten, sondern beziehen sie auf einen einzelnen concreten Fall. Unsres Erachtens mit Recht: denn es läßt sich nicht ganz allgemein behaupten, daß jedes Factum des Correalschuldners, welches diesem schadet, auch seinen Genossen nachtheilig sei [1]). Wahrscheinlich stand l. 18. am Ende der Erörterung eines practischen Falles, in welchem Pomponius gezeigt hatte, daß das Factum eines Correalschuldners dem andren gleichfalls schade; Pomponius mochte etwa geschlossen haben: nam alterius factum alteri quoque nocet; diesen Satz, welcher nur auf ein ganz specielles von Pomponius im Vorangegangnen erwähntes Factum paßte, wurde von den Compilatoren dadurch, daß sie den Fall selbst ausschnitten und dafür die Worte „ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis" substituirten, verallgemeinert. Die Aufgabe ist natürlich nur, das specielle Factum, wovon Pomponius wahrscheinlicherweise gehandelt hat, aufzusuchen; das ist bereits von mehreren Seiten geschehen.

Wolff [2]) supponirt eine sog. objective Mora; die Correi hätten

1) Man nehme folgenden Fall: Bei einer Correalschuld auf certa pecunia credita wird der eine Correus belangt; er muß bei der Litiscontestation ex lege Silia ein Drittel Strafe versprechen, erleidet also durch sein factum (dazu gehört nach l. 31. §. 1. de nov. 46, 2. die Litiscontestation) großen Nachtheil; der andre Correus hingegen wird civiliter von der Obligation frei.

2) Mora S. 189—200. Von Girtanners Ansicht ist bereits oben S. 287. N. 3. die Rede gewesen.

sich unter einer Conventionalstrafe verpflichtet; dieselbe sei gegen Jeden verfallen, wenn ein Correalschuldner durch seine Handlung die Nichterfüllung herbeigeführt habe. Allein die Correalität ist bei diesem Beispiele ohne Einfluß auf die Entscheidung; denn die Conventionalstrafe ist verfallen, auch wenn ein Dritter, ein Nichtcorreus, die Nichterfüllung hindert. Ueberdies aber läßt sich sehr bezweifeln, daß, wenn ein Correus den versprochnen Sclaven tödtet, der andre Correus auf die Conventionalstrafe haftet; zwar giebt es, wie wir aus l. 22. pr. ad leg. Aqu. 9, 2. ersehen, Fälle, in welchen selbst die Unmöglichkeit der Erfüllung die Verbindlichkeit zur Conventionalstrafe nicht aufhebt; nach der richtigen Ansicht findet dies indeß nur dann Statt, wenn es an einer Principalobligation im Grunde ganz fehlt, während, wo eine solche außer der Conventionalstrafe vorhanden ist, die Verbindlichkeit zur Zahlung der letztren wegfällt[1]).

Fritz[2]) hat zwei Erklärungen aufgestellt. Nach der ersten hat ein Correalschuldner ein pact. de non pet. in rem abgeschlossen und sich dabei eines dolus schuldig gemacht; der andre Correus kann sich zwar der exc. pacti bedienen, ihm steht aber die replicatio doli entgegen. Nach der zweiten hat der eine Correus eine Culpa begangen, nachdem der andre in Mora versetzt war; der letztre muß, weil er wegen der Mora auch für den Casus haftet, auch für die gedachte Culpa aufkommen. Hievon scheint uns der zweite Fall nicht passend; denn die Culpa des einen schadet ja dem andren nur, weil er in Mora ist, Pomponius aber setzt zwei Correi voraus, die vor dem Factum in gleicher Lage waren. Den ersten Fall hingegen halten wir ganz treffend[3]).

Da wir hiernach in der bisherigen Literatur nur Einen Fall als passend gefunden haben, so möchten wir noch einen andren aufstellen. Er ist folgender. Schiebt ein Correalschuldner dem Gläubiger den Eid zu und dieser schwört ihn, so stellt dies, wie wir unten §. 34. zeigen werden, die Gesammtobligation allen Correi

1) Vgl. Vangerow Pand. 3, 360. 366.

2) Ztschr. f. Civ. u. Pr. N. F. 19, 83.

3) Nur geben wir dem nicht paciscirenden Correus nicht die exc. pacti, sondern die exc. doli; s. unten §. 25. S. 298 f.

gegenüber fest, und der andre Correus kann höchstens noch behaupten, er gehöre nicht zu den Correalschuldnern, oder ihm stehe eine besondre Einrede zu, z. B. die exc. scti Mac.

Fitting's Erklärung von l. 18. würde zwar noch einen dritten Fall ergeben; er bezieht nämlich nach dem Vorgange einiger Glossatoren die l. 18. auf das von einem Correus abgegebne Anerkenntniß, welches durch l. 5. C. h. t. 8, 40. für Alle bindend ist. Allein jedenfalls ist dieser Fall nicht der von Pomponius behandelte.

III. Daß die Unterbrechung der Klagverjährung für und gegen alle Correi wirkt, ist durch Justinians l. 5. C. de d. r. 8, 40. verordnet. Fest aber steht, daß nach altem Recht das Gegentheil galt; denn einmal kennt das alte Recht als Unterbrechungsart der Verjährung bloß die Litiscontestation[1]), und diese hob ja die Klage aus der Correalobligation für immer auf; sodann aber waren nach altem Recht die Klagen aus Versprechen (und nur um solche handelt es sich bei Correalobligationen) unverjährbar.

Es entsteht aber die Frage: wie würden wohl die alten Juristen sich zu der von Justinian entschiednen Frage gestellt haben? Widerspricht Justinians Entscheidung der Natur der Correalobligation? U. E. würden Jene Justinians Entscheidung nicht beigetreten sein, aus demselben Grunde, aus welchem sie bei dem pact. de non pet., selbst wenn es in rem concipirt war, nur dem Paciscenten, seinen Erben, seinem Bürgen und Socius die exc. pacti[2]) gaben, seinem bloßen Correus aber sie versagten. Denn Beides (pact. de non pet. und Unterbrechung der Klagverjährung) enthält weder eine Erfüllung noch eine Verfügung über die Obligation; das pact. de non pet. hemmt die Wirksamkeit der Obligation und ihrer Klage[3]), die Unterbrechung der Klagverjährung verlängert diese Wirksamkeit; da tritt denn die Regel ein, daß nämlich alle Rechtsacte bloß die einzelne Sonderobligation treffen. Zwar hat es Justinian nicht versäumt, durch die Bezugnahme auf die Gesammtobligation seine Verordnung zu rechtfertigen:

1) l. 9. §. 3. de jurej. 12, 2. l. 8. §. 1. de fid. tut. 27, 7.

2) Von der nebenher entstehenden exc. doli können wir hier absehen; diese ist eben keine exc. pacti; s. darüber §. 25. S. 298. 299.

3) Scheurl Beitr. 2, 19.

quum *ex una stirpe unoque fonte unus effluxit contractus*, vel debiti causa ex *eadem* actione appareat;

allein seine Vorgänger hatten ein richtigeres Verständniß von der Bedeutung der Gesammtobligation; wäre wirklich Justinians Bestimmung im Wesen der Correalobligation begründet[1]): wozu hätte es dann einer gesetzlichen Vorschrift bedurft, warum wurde sie nicht durch die Theorie oder wenigstens durch die Praxis geltend gemacht? Durch Justinians Bestimmung ist es dahin gekommen, daß der einzelne Correus zum Stellvertreter seiner Genossen wird; es ist dahin gekommen, daß der mahnende Correalgläubiger die Lage seiner Genossen verbessert, der gemahnte Correalschuldner die Lage seiner Genossen verschlechtert, und für Beides läßt sich in der ganzen Lehre der Correalobligation kein Analogon auffinden[2]); denn Beides liegt außerhalb der Aufgabe der Correalobligation: jeder Correus verfolgt eigne Zwecke, und nur deshalb sind sie zusammengetreten, damit diese Zwecke nicht bloß theilweis, sondern ganz erreicht würden.

Es ist übrigens von Savigny[3]) bereits bemerkt worden, daß es trotz der Justinianischen Verordnung einen Fall giebt, wo die Klage des einen Correus verjährt sein kann, während die des andren noch fortdauert; er tritt dann ein, wenn ein Correalgläubiger unter Hinterlassung von unmündigen Erben stirbt. Zwar kommt in einem ähnlichen Falle in der Lehre von der Gesammtservitut das Privilegium des Unmündigen seinen Genossen zu Gute[4]); indessen hat dies darin seinen Grund, daß dort das herrschende Grundstück intellectuell getheilt war; ist es reell getheilt, so gilt dasselbe, was soeben von den Correi behauptet wurde[5]).

---

1) Schon Donellus (Comm. ad l. 5 cit. cap. 10. No. 2) bemerkt zu dieser Begründung: ratio infirma per se.

2) Denn von der Culpa ist sub II. nachgewiesen, daß sie nur von dem Correus prästirt wird, welcher sie begangen hat. Und die Ausnahme des Urtheils und des Eides hat in ihrer Eigenschaft als Mittel zur Feststellung der Rechtsverhältnisse ihren Grund; s. unten §§. 33. 34.

3) Obl. R. 1, 194 f. Vgl. Fritz in Ztschr. f. Civ. u. Pr. N. F. 19, 90.

4) l. 10. pr. quemadm. serv. am. 8, 6. Vgl. oben Abschn. 4. §. 9. S. 145. §. 12. S. 157 f.

5) l. 6. §. 1. quemadm. serv. am. 8, 6. Vgl. oben Abschn. 4. §. 9. S. 146. §. 12. S. 163 f.

β) §. 25. Fortsetzung. Pacta, insbesondre pact. de non petendo, Compromiß, stipul. rem ratam dom. hab.

Wir wenden uns jetzt zu den zweiseitigen Handlungen der in der Correalobligation stehenden Personen, welche im Verlaufe der Obligation vorgenommen werden, oder zu den Pacta. Die Hauptstelle darüber ist l. 9. §. 1. de d. r. 45, 2; Anwendungen davon sind uns im pact. de non petendo, im Compromiß und in der stip. rem ratam dom. hab. überliefert. Jene lautet:

> Sed si quis in deponendo apud duos paciscatur, ut ab altero culpa quoque praestaretur, verius est, non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio. Non idem probandum est, quum duo quoque culpam promisissent, si alteri postea pacto culpa remissa sit, quia posterior conventio, quae in alterius persona intercessit, statum et naturam obligationis, quae duos initio reos fecit, mutare non potest; quare si socii sint et communis culpa intercessit, etiam alteri pactum cum altero factum proderit.

Hier ist deutlich ausgesprochen, daß spätere Pacta den Inhalt der Gesammtobligation nicht berühren (posterior conventio — mutare non potest); würden sie dies, so würde eine Rückwirkung auf alle Sonderobligationen geschehen; sie betreffen vielmehr nur die Sonderobligatio der Paciscenten, und müssen freilich bei culpa *communis*[1]) dem Socius des Paciscenten zu Statten kommen. Mit demselben Recht (schließen wir) schaden die Pacta eines Correus dem andren nicht. Bekker[2]) zwar will für den Fall der Societät, wenn auch nur in beschränktem Umfang, eine Ausnahme machen. Ausgehend von seiner Conjectur bei l. 18. de d. r. (sociis statt factis), wonach Correalschuldner, welche im Societätsverhältniß zu einander stehen, gegenseitig für Culpa haften, meint er, es müsse, wenn das von einem correus socius abgeschlossne Pactum die Remission der Culpa zum Gegenstande habe, dasselbe dem andren Socius stets zu Gute kommen, auch wenn die Culpa von dem andren allein oder vom Paciscenten begangen wurde; „das communis ist hiernach zur

1) Vgl. Ribbentropp Corr. S. 172 f.
2) Bekker-Muther Jahrb. f. gem. d. R. 3, 128.

culpa gesetzt, nicht um diese von einer culpa alterius tantum zu unterscheiden, sondern um auf eine Eigenschaft hinzuweisen, welche die Culpa immer annehmen muß, wenn die culpos Handelnden zugleich Socii sind". Schwerlich wird Jemand diese Bedeutung von communis culpa zugeben; auch wären dann die Worte „si communis culpa intercessit" rein überflüßig. Vielmehr müssen wir, wie die Bekkersche Conjectur bei l. 18, so die Bekkersche Interpretation von l. 9. §. 1. verwerfen, und das pact. de remissa culpa nur um des Paciscenten wegen, also nur bei culpa *communis*, seinem nicht paciscirenden Socius zu Gute kommen lassen [1]).

Wie bereits bemerkt, finden wir in den Wirkungen des pact. de non pet. nur die Anwendung einer allgemeinen Regel. Es hat sich hinsichtlich dessen Wirkung eine allgemein herrschende Ansicht gebildet; die vereinzelten Stimmen, welche Widerspruch erhoben haben, haben sich keine Anerkennung verschaffen können; die herrschende Meinung aber ist: das pactum de n. p. in personam ist bei Correi jeder Art auf die Paciscenten beschränkt; ist es in rem gefaßt, so sind Correalgläubiger und -schuldner zu unterscheiden; im ersten Falle hat der Paciscent selbst, außer ihm sein Bürge und Socius die exc. pacti, ein bloßer Correus hingegen höchstens [2]) die exc. doli; im letztren Falle steht die exc. pacti nur dem Paciscenten, nicht aber seinen Mitgläubigern entgegen, die exc. doli findet hier nicht Anwendung [3]).

Man hat über den Grund dieser Bestimmungen viel gestritten. Die Keller-Ribbentroppsche Theorie fand darin eine Anwendung der

---

1) Darin freilich hat Bekker (a. a. O. S. 129) Recht, wenn er der herrschenden Ansicht Inconsequenz vorwirft, indem sie jeden Correus für die Culpa des Andren haften, und dennoch ihm nicht das pactum de remissa culpa zu Gute kommen lassen will.

2) Dann nämlich, wenn das Pactum ausdrücklich auf die Personen aller Correi gestellt war; s. S. 298. N. 6 und 7; doch ist dies noch bestritten.

3) Die Belegstellen sind: l. 21. §. 5. l. 22. l. 23. l. 25. pr. §. 1. l. 27. pr. l. 40. pr. l. 57. §. 1. de pact. 2, 14. l. 34. §. 11. de sol. 46, 3. l. 3. §. 3. l. 5. §. 1. de lib. leg. 34, 3. Keine Auskunft erhält man aus den Basiliken lib. 11. tit. 1. (Heimbach 1, 594); denn nach dem Text nützt das Pactum allen Correi, in den Scholien aber wird dies bald auf die Correi socii eingeschränkt, bald nicht.

mehrfachen subjectiven Beziehung der Correalobligation, d. h. sie ließ die Sache unerklärt. Erst Savigny[1]) versuchte eine Deutung; er brachte das pact. de n. p. in den Gegensatz zur Acceptilatio: beide zusammen hätten sich einander ergänzt, beide zusammen den verschiednen Bedürfnissen des Verkehrs genügt; Acceptilatio und pact. de n. p. stellen nach Savigny eine Mannigfaltigkeit von Geschäftsformen dar, anwendbar auf verschiedne Zwecke, je nach der Absicht der Parteien. Diese Erklärung ist auch von seinem Kritiker Brinz[2]) festgehalten, und in der That: der Gedanke ist so scharfsinnig, daß er des Meisters würdig erscheint; zum Ueberfluß scheinen einige Leges[3]), wo bald die eine bald die andre Form angewendet wird, je nachdem der eine oder andre Zweck erreicht werden soll, ihn zu bestätigen. Und doch, wie viele Bedenken werden rege! Man frägt: weshalb fiel der Acceptilatio die größre, dem pact. de n. p. die geringre Wirkung zu? Darauf antwortet Savigny mit zwei Argumenten: „Zunächst erklärt sich diese Erscheinung aus der streng formellen Natur der Acceptilation". Allein die Bedeutung der Formalität liegt unseres Erachtens in einem ganz andren Gebiete (nämlich darin, daß von der causa obligationis abgesehen wird), gewiß nicht darin, daß sie einen materiell größeren und umfangreicheren Effect nach sich zieht. „Außerdem, fährt Savigny fort, muß die etwas zweideutige Natur der Acceptilatio erwogen werden"; die Acceptilatio soll nämlich bald Erlaßvertrag, bald feierliche Quittung über eine wirkliche Befriedigung sein; wegen des letztren Characters habe sie die größre Wirkung. Sofort ergiebt sich als Einwand gegen Savigny, daß die Acceptilatio, trotzdem sie nicht immer feierliche Quittung ist, dennoch immer die größre Wirkung hat; aber ganz abgesehen hiervon, ist es u. E. nicht zuläßig, auf einen Formalact die Kriterien nicht formeller Geschäfte anzuwenden[4]). Deshalb hat auch Brinz zwar das Savignysche Princip angenommen, die Savignysche Argumentation aber fallen gelassen; er deducirt so: durch Acceptilatio wurde von Anfang an die ganze Obligation

1) Obl. R. 1, 172 ff. 178.
2) Kr. Bl. 4, 31 f.
3) l. 3. §. 3. l. 5. §. 1. de lib. leg. 34, 3.
4) Davon mehr bei der Behandlung der Acceptilatio im §. 27.

aufgehoben [1]); in der Correalobligation entstand das Bedürfniß, manente obligatione bloß einen Correus zu eximiren; zu diesem Zwecke nahm man das pact. de n. p. zu Hülfe „nicht als ob es an sich dazu da wäre, Obligationen ihrer Subjecte zu entledigen und für sich allein fortexistiren zu lassen, sondern weil es nach Wortlaut und gewissen Unvollkommenheiten in Aufhebung der Obligationen noch am ehesten taugt". In diesem Schlußsatz liegt die Schwäche von Brinz' Ansicht; nicht die Natur des pact. de n. p. bestimmt seine Wirkungen, sondern lediglich der Zweck. Ist nun dies schon an sich ein gefährliches Argument, so läßt sich andrerseits behaupten, daß das pact. de n. p. nicht einmal überall geeignet war, den Zweck zu erfüllen. Denn wie, wenn drei Correalgläubiger vorhanden waren, von denen der Eine sich und einen seiner Genossen der Obligation entledigen, dem zweiten Genossen aber dieselbe erhalten wollte? Weder durch Acceptilatio noch durch pact. de n. p. konnte dies erreicht werden [2]); also gab es wohl doch Fälle, wo das pact. de n. p , trotzdem seine Wirkungen angeblich durch den Zweck bestimmt werden, dennoch nicht diesen Zweck herbeiführt!

Die Gegner der Einheitstheorie haben sich denn auch fast durchweg auf das pact. de n. p. zur Unterstützung der Mehrheitstheorie berufen: so Kuntze, Helmolt, Fritz [3]). Nur Fitting [4]) ist einen eignen Weg gegangen: er hält die Wirkungen des pact. de n. p. für bedeutungslos, wenn es sich um Erklärung der Correalobligation handelt. Dasselbe berührt seiner Ansicht nach die Forderung nicht, sondern nur den paciscirenden Gläubiger und Schuldner; ein Correalgläubiger aber könne seinem Mitgläubiger nicht die Hände binden, selbst wenn er mit ihm in Societät stehe; ein Correalschuldner ferner habe seinen Correi, welche keinen Regreß gegen ihn haben, keine exc. pacti erworben, weil ihm deren Belangung oder Nichtbelangung

1) Nicht immer: l. 5. §. 1. de don. i. v. et u. 24, 1; s. unten §. 27.

2) Vielmehr mußte der Correalgläubiger im Namen des zweiten Genossen ein Constitut abschließen; dieses ist von Wirkung (l. 15. de pec. const. 13, 5).

3) Kuntze Obl. S. 195. Helmolt Corr. S. 151 ff. Fritz in Ztsch. f. Civ. u. Pr. 19, 89.

4) Corr. S. 93 ff.

gleichgiltig sein könne. Es läßt sich dieser Deduction leicht entgegentreten. Zunächst schon die Behauptung „das pact. de n. p. berührt nicht die Forderung, sondern nur die Paciscenten" hätte nach der Ausführung von Brinz [1]), Scheurl [2]) und Arndts [3]) nicht mehr aufgestellt werden dürfen: es giebt kein Ereigniß, welches bloß das Subject der Obligation und nicht die Obligation berührt, und was namentlich das pact. de non pet. betrifft, so wird es in den Quellen als ein „remittere debitum per pacti conventionem", als ein „remittere rem donationis causa" bezeichnet [4]) und dem irrthümlich zahlenden Schuldner die cond. indebiti gegeben [5]). — Wenn aber dann Fitting fortfährt, kein Correalgläubiger könne dem Genossen die Hände binden, so treten sofort Zahlungsannahme, Acceptilatio, Litiscontestatio, Constitutum, Novatio in die Schranken, um zu zeigen, daß nicht bloß dem Genossen die Hände gebunden, sondern sogar alle seine Befugnisse genommen werden können:

l. 31. §. 1. de nov.: . . ex quibus colligitur unumquemque perinde sibi acquisiisse ac si solus stipulatus esset, *excepto eo quod etiam facto ejus, cum quo commune jus stipulantis est, amittere debitorem potest.*

Endlich: wenn auch dem Correalschuldner die Belangung oder Nichtbelangung eines Genossen, der keinen Regreß gegen ihn hat, gleichgültig sein kann, so ist damit noch nicht die Möglichkeit genommen, daß diese ihm nicht gleichgültig gewesen ist; es steht in diesem Fall dem nicht paciscirenden Correus die exc. doli (nicht die exc. pacti) zu, es läßt sich also — dies scheint Fittings Ansicht zu sein — nicht behaupten, daß der das p. d. n. p. in rem ab-

1) Kr. Bl. 4, 3: „Zweitens aber ist zu leugnen, daß es Ereignisse giebt, welche bloß auf die Person wirken, die Substanz der Obligation aber nicht berühren. In unsren Systemen mögen und müssen wir Personen und Rechte von einander ablösen und hinstellen, als ob sie getrennt von einander gehen und stehen könnten; aber darum sind Bücher Bücher und Leben ist Leben.

2) Beitr. 2, 18 f.

3) Münchner krit. Ueberschau 2, 154 ff., welchem wir übrigens nicht überall beitreten, s. S. 297. N. 1.

4) l. 5. C. de rem. pign. 8, 25. l. 1. D. de transact. 2, 15.

5) l. 40. §. 2. de cond. ind. 12, 6.

schließende Correalschuldner nur an sich und an diejenigen Personen, die gegen ihn Regreßrecht haben, gedacht habe.

Für uns sind die Bestimmungen des R. R. über das pact. de n. p. nur Anwendungen der Regel, daß alle Rechtsacte, mit Ausnahme der Erfüllung und Verfügung, nur die einzelne Sonderobligation ohne Rückwirkung auf die übrigen treffen. Keiner dieser beiden Ausnahmefälle liegt im p. d. n. p.; von der Erfüllung versteht es sich von selbst; aber auch keine Verfügung ist darin enthalten; denn eine Verfügung ist eine Aenderung mit positivem Inhalt, das p. d. n. p. hingegen hat einen rein negativen Inhalt: es soll die Wirksamkeit der Obligation gehemmt werden; der paciscirende Gläubiger will die Obligation nicht ausüben, er will sie vielmehr ruhen lassen; dies kann freilich ökonomisch soviel als Schulderlaß sein (daher es ein remittere debitum genannt wird), ist es aber selbst außerhalb der Correalobligation nicht immer (nämlich nicht bei p. d. n. p. in personam), und ist es jedenfalls nicht juristisch[1]). Läge wirklich in dem p. d. n. p. in rem auch juristisch ein Schulderlaß: wie hätte es dem p. d. n. p. in personam coordinirt werden können? Beide sind doch bloße Schattirungen desselben einheitlichen Instituts. — So kann denn die exc. pacti d. n. p. dem nicht

1) Dies erwiedert Fitting (Corr. S. 95. N. 117) mit Recht auf die Ausführung von Arndts in der Münchner kritischen Ueberschau 2, 154 f. Arndts findet im pact. de n. p. ganz dieselbe Willensrichtung wie in der Acceptilatio: „die als solche unwirksame Acceptilation wirkte doch als Pactum (l. 8. pr. l. 19. pr. de acc.), obwohl hier der Wille offenbar der war, die Obligatio vollständig zu vernichten. So auch wenn der Gläubiger im bündigsten Ausdruck, etwa schriftlich, erklärte, die Schuld solle ganz und gar erlassen sein und als getilgt gelten, ja auch zur Bestätigung eine Quittung ausstellte oder die Schuldurkunde zerschnitten zurückgab; es wirkte doch nur als Pactum. Also war es nicht der Inhalt des Willens, sondern die mangelhafte Form seiner Erklärung, weshalb es weniger streng wirkte als die Acceptilatio". Dieser Schluß ist nicht richtig; allerdings bewirkte bei Verbalverträgen die Rückgabe der Schuldurkunde u. s. w. keine ipso jure-Aufhebung der Schuld und zwar wegen mangelnder Form, allein das pact. de n. p. nicht bloß deßhalb, sondern zugleich weil die Aufhebung nicht beabsichtigt wird; allerdings liegt in einer unwirksamen Acceptilatio ein pact. de n. p., allein wenn das majus ungiltig ist, soll es deshalb auch das darin liegende minus sein? vielmehr sagen wir mit l. 8. pr. de acc.: habet acceptilatio pactum.

paciscirenden Correus weder zu Gute kommen noch entgegengesetzt werden. Wenn hievon beim correus debendi socius eine Ausnahme Statt findet[1]), so liegt der Grund davon nicht in der Correalobligation, sondern in der Societät[2]); dieselbe exc. pacti steht dem Fidejussor[3]) zu, welcher ja kein Correus ist, und steht auch außer dem Fidejussor andren Personen[4]) zu, welche durch das Band der Correalität durchaus nicht gehalten sind; von jener dem Fidejussor zustehenden exc. pacti aber lehrt Paulus in l. 27. §. 1. de pact. 2, 14:

> ego didici prodesse fidejussori exceptionem, non sic enim illi per liberam personam acquiri, quam *ipsi, qui pactus sit, consuli videmur*[5]).

So verhält es sich auch beim correus debendi socius. — Endlich aber ist es nur eine Bestätigung unsrer Regel, wenn in gewissen Fällen dem nicht paciscirenden Correalschuldner die exc. doli gegeben wird. Es geschieht dies nämlich dann, wenn der Paciscent das Pactum ausdrücklich auf seine Genossen erstreckte[6]); dann aber handelt er nicht als Correus, sondern als Negotiorum gestor seines Genossen; hätte das Römische Recht freie Stellvertretung in der Obligation anerkannt, so würde es dem Nichtpaciscenten die exc. pacti gewährt haben; da dem nicht so ist, so giebt es die exc. doli[7]).

---

1) l. 25. pr. de pact. 2, 14, wo das socius nicht bloß auf argentarii, sondern auch auf duo promittendi zu beziehen ist (vgl. Savigny Obl. R. 1, 177. N. x); l. 3. §. 3. de lib. leg. 34, 3.

2) Es läßt sich behaupten, daß, wenn A und B in Societät stehen, und A in Societätsangelegenheiten sich dem C verpflichtet, B hinwiederum in Societätsangelegenheiten eine Forderung an C erwirbt, A die Forderung des B compensando geltend machen könne.

3) l. 21. §. 5. l. 23. de pact. 2, 14.

4) Vgl. l. 17. §. 5. de pact. 2, 14.

5) So auch l. 23. de pact. 2, 14.

6) Eine Ler, die dies ausdrücklich betreffs duo rei debendi bestätigte, existirt nicht; wohl aber ist es in l. 25. §. 2. l. 26. de pact. 2, 14. vom Fidejussor gesagt, der das pact. de n. p. auf die Person des Hauptschuldners erstreckt, und der Schluß auf duo rei liegt gar zu nahe.

7) Mit uns stimmt überein Keller Pand. S. 526. Text zu Note 19. — Ebenso hat der Sohn die exc. doli (nicht die exc. pacti), wenn der Vater paciscirt hat: ne a se neve a filio petatur. l. 21. §. 2. de pact. 2, 14.

Es ist ungerechtfertigt, daß Windscheid und Rückert diesen Umstand (daß nämlich der Paciscent negotia gerirt) unberücksichtigt lassen, und ungegründet, daß sie dem pact. d. n. p. die weitergehende Wirkung der Acceptilatio vindiciren, die Acceptilatio wirkt unbedingt und stets für und gegen Alle, das pact. d. n. p. hingegen wirkt bei Correalgläubigern nur gegen den Paciscenten, bei Correalschuldnern in der Regel nur für denselben, ausnahmsweise für den nichtpaciscirenden Correalschuldner, insofern nämlich daraus eine exc. doli hervorgeht. Eben jetzt wird es erklärlich, daß das pact. d. n. p. bei der activen Correalobligation nur gegen den Paciscenten wirkt[2]); denn die Negotiorum gestio ist hier undenkbar, eine exc. doli also unfindbar[3]). Stehen freilich die beiden Correalgläubiger in Societät, so würde auch dem Nichtpaciscenten die exc. pacti (nicht doli) entgegengesetzt werden dürfen. Die l. 27. pr. de pact. 2, 14. steht dem nicht entgegen; dort ist gesagt, daß, wenn von zwei argentarii socii der eine ein pact. d. n. p. abschließt, dem andren die exc. pacti nicht opponirt werden darf; aber diese argentarii socii sind keine Correalgläubiger[4]); und wenn dann der Jurist fortfährt: idemque in duobus reis stipulandi dicendum est, ohne den Zusatz „sociis" zu machen, so geht arg. e contr. hervor, daß er bei vergesellschafteten Correalgläubigern das p. d. n. p. gegen Alle wirken läßt[5]). — Werfen wir zum Schluß einen Blick auf die Solidarobligationen, so wirkt das pact. d. n. p. auch hier für den Paciscenten[6]), allein ebensogut wie bei Correal-

---

Man vgl. namentlich l. 10 §. 2. l. 11. l. 12. l. 15. l. 25. §. 2. l. 26. de pact. 2, 14.

1) Windscheid in krit. Viertelj. 3, 171. Rückert in Ztschr. f. Civilr. und Pr. N. F. 12, 36 f.

2) l. 27. pr. de pact. 2, 14. l. 93. pr. de sol. 46, 3. Der Text der l. 17. pr. spricht unbedingt für unsre Ansicht; er läßt den Gedanken nicht aufkommen, daß zwar die exc. pacti versagt, die exc. doli aber gewährt sein solle. Dies erkennt selbst Rückert a. a. O. S. 39. an, läßt sich aber trotzdem nicht abhalten, die exc. doli zu gewähren, a. a. O. S. 38.

3) Mit uns stimmt überein Keller Pand. S. 526. Text zu Note 20.

4) Savigny Obl. R. 1, 151 f., und oben §. 22. S. 260.

5) Hiemit stimmt die unten S. 300. zu besprechende l. 34. pr. de rec. 4, 8. überein.

6) l. 1. C. de transact. 2, 4. l. 15. de tutel. 27, 3. Rudorff Vorm. 2, 27 f. In l. 1. C. supponirt Ribbentropp Corr. S. 272. eine Acceptilatio,

schuldnern ist bei Solidarschuldnern eine aus dem Pactum hervorgehende doli exceptio möglich[1]; und ein Unterschied zwischen Solidar- und Correalobligationen ist in dieser Beziehung nirgends ersichtlich. —

Eine fernere Anwendung finden wir in dem von einem Correus unter einer Conventionalstrafe abgeschlossnen Compromiß. Weist der Schiedsrichter den Gläubiger ab, und klagt derselbe hierauf gegen einen nicht compromittirenden Correalschuldner, oder klagt ein nicht compromittirender Correalgläubiger gegen den Schuldner, so ist nicht gegen das Compromiß gehandelt und die bedungne Strafe nicht verfallen. Denn das Compromiß ist stets auf die Personen der Compromittenten beschränkt; es kann nicht (anders bei dem pact. de non pet. eines Correalschuldners, welches auf andre Personen erstreckt werden kann und dann eine exc. doli erzeugt) auf andre Personen erstreckt werden; denn die Klage auf die Conventionalstrafe könnte auch in diesem Falle nur dem Compromittenten zustehen, für diesen aber ist die Pönalstipulation wegen mangelnden Interesses ungiltig. Eine Ausnahme macht auch hier die Societät; klagt der von dem Arbiter abgewiesene Gläubiger gegen einen Correus, welcher Socius des Compromittenten ist, so ist die Klage mittelbar gegen den Compromittenten gerichtet, und analog verhält es sich, wenn der Correalgläubiger, welcher Socius des vom Arbiter abgewiesnen Compromittenten ist, den gemeinsamen Schuldner ausklagt; denn da er dem Compromittenten einen Theil herausgeben muß, so läßt sich von ihm sagen: petit nomine compromittentis[2]). — Ein

---

indem er darauf hinweist, daß mit dem Vergleich sehr gewöhnlich eine stipul. Aquil. verbunden war; dies letztre ist richtig, allein daraus folgt doch noch nimmermehr, daß die stip. Aquil. durch Acceptilatio aufgehoben worden; die Acceptilatio würde ja, wie wir bereits aus l. 16. de acc. 46, 4. (oben S. 270. 271, s. auch §. 27) wissen, selbst allen Solidarschuldnern zu Gute kommen.

1) Nämlich dann, wenn die Absicht der Paciscenten auch auf die andren Solidarschuldner gerichtet ist. — Nicht auf diesen Fall geht l. 45. de adm. et per. 26, 7 (die übrigens nicht auf eine Acceptilation [s. Ribbentropp S. 273] sondern auf pact. de n. p. geht); denn die exc. doli, welche hier dem nicht paciscirenden Tutor gegeben wird, hat darin ihren Grund, daß der Mündel demselben die Klage gegen den Paciscenten nicht abtreten kann.

2) l. 34. pr. de rec. 4, 8. Mit Unrecht behauptet Fritz (Ztschr. f. Civ.

diesem Verhältniß sehr ähnliches wird in l. 1. l. 14. rat. rem hab. 46, 8. behandelt. Bedingt sich ein Correalschuldner eine Conventionalstrafe oder Schadloshaltung für den Fall aus, daß die Forderung eingeklagt werde, so bezieht sich dieser Vertrag bloß auf seine Sonderobligation; gegen den andren Correus ist die Klage zuläßig, wiederum ausgenommen wenn die Correi in Societät stehen. Dieser letzte Fall muß im heutigen Recht ganz nach Römischer Weise beurtheilt werden. Was aber das Compromiß betrifft, so hat sich dessen Natur bekanntlich geändert, indem das Laudum heut die Bedeutung einer res judicata hat; unsres Erachtens sind deshalb die heutigen Wirkungen des Compromisses denen des Urtheils gleich.

Endlich ist als letztes Pactum das Constitutum zu erwähnen; da jedoch „de constituta pecunia cum omnibus agitur, quicunque pro se vel pro alio *soluturos* se constituerint" [1]), so scheint es angemessen, die Darstellung dieses Zahlungsversprechens mit derjenigen der Zahlung selbst zu verbinden.

8. Untergang der Correalobligation.

a) Durch Handlungen der Correi.

α) §. 26. Erfüllung. Solutio und Constitutum.

Die Grundsätze, welche bezüglich der Erfüllung der Obligation gelten, sind bereits §. 19. S. 234 f. entwickelt worden. Es wurde ausgeführt, daß die Gesammtobligation ein Durchgangsstadium zu den Sonderobligationen in solidum ist; ohne die Gesammtobligation wären mehrere proratarische von einander unabhängige Obligationen entstanden; dies zu vermeiden, vereinigen sich die Correi in eine Einheit, es entsteht Eine Solidarobligation und die Rückwirkung derselben auf die einzelnen Correi sind die solidarischen Sonderobligationen. Da diese solidarischen Sonderobligationen der

und Pr. N. F. 19, 89. N. 214) gegen Savigny, daß die Societät bloß bei der passiven, nicht auch bei der activen Correalobligation Einfluß äußert. Weder die Worte der l. 34 cit., noch innere Gründe sprechen für die Scheidung von activer und passiver Correalobligation.

1) §. 9. J. de act. 4, 6.

Hauptzweck der Correalobligation sind, so berühren naturgemäß und der Regel nach die einzelnen Rechtsacte nur eine einzelne Sonderobligation; allein, sofern es sich um die Erfüllung der Obligation handelt, liegt es in der Natur der Sonderobligationen, daß sie allesammt durch einmalige Erfüllung erlöschen; der Grund davon ist, daß jede Sonderobligation eine Lücke enthält; jeder Correalgläubiger erkennt die Gleichberechtigung seiner Genossen an, er will die Obligation nicht haben für den Fall, daß ein Genosse sie ausübt; und ebenso behauptet der Correalschuldner die Existenz von Gleichverpflichteten neben sich, er behauptet demnach, daß er frei werde für den Fall, daß ein Genosse die Obligation tilgt.

Alles dies ist früher ausgeführt worden; hier bleibt übrig, das Quellenmaterial, welches hierher gehört, mitzutheilen.

Zunächst, daß nur einmal die Erfüllung geleistet zu werden braucht, ergiebt sich daraus, daß Eine Gesammtobligatio vorhanden ist, welche sämmtliche Sonderobligationen in sich trägt; daher heißt es in:

l. 3. §. 1. de d. r. 45, 2: ... utique enim quum *una sit obligatio, una et summa est*, ut sive unus solvat, omnes liberentur, sive solvatur ab altero, liberatio contingat.

Die Zahlung selbst empfängt der Gläubiger und leistet der Schuldner auf Grund seiner Sonderobligation:

l. 128. de v. o. 45, 1: Si duo rei stipulandi ita exstitissent, ut alter utiliter, alter inutiliter stipularetur, ei qui non habet promissorem obligatum, non recte solvitur, *quia non alterius nomine ei solvitur, sed suae obligationis*, quae nulla est.

Die Folge der Zahlung aber ist nicht bloß, daß die Sonderobligation des Zahlenden resp. Empfangenden, sondern auch die der Genossen getilgt wird, so daß die Gesammtobligation aufhört:

§. 1. J. de d. r. 3, 16: Ex hujusmodi obligationibus et stipulationibus solidum singulis debetur et promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo vel alter solvendo *omnium perimit obligationem*.

Vorbereitet wird die Zahlung durch das Constitutum; denn das

Constitutum ist ein Zahlungsversprechen; der Abschluß desselben vermehrt die Sonderobligation des constituirenden Correalgläubigers um einen Zusatz[1]); während nämlich der Schuldner bisher an jeden Correalgläubiger zahlen durfte, hat er sich jetzt verpflichtet, dem constituirenden Gläubiger und nur ihm zu zahlen. Die Gültigkeit dieses Versprechens muß man zugeben; der constituirende Correalgläubiger ist berechtigt, ein solches Versprechen abzuschließen, da er voller Gläubiger ist und nur die Existenz von gleichberechtigten Mitgläubigern anerkennt; durch Abschließung des Constituts macht er von seinem Rechte als Gläubiger Gebrauch; er handelt wesentlich anders wie der Gläubiger, der ein pactum de non petendo abschließt; der paciscirende Gläubiger will sein Recht ruhen lassen, der constituirende will es um so sichrer ausüben. Ist das Versprechen gültig, so darf, so lange es besteht, der Schuldner nur an den constituirenden Gläubiger zahlen; die übrigen am Constitut nicht betheiligten Gläubiger haben ihre Forderung nicht verloren, sie sind bloß zur Zahlung nicht legitimirt[2]). — Allein nunmehr entsteht ein Bedenken. Wenn nämlich die übrigen Gläubiger nicht aufgehört haben, Gläubiger zu sein, und bloß die Zahlung nicht an sie geleistet werden darf: haben sie nunmehr noch die Befugniß, das Constitut aufzuheben und etwas Neues an die Stelle zu setzen? Es scheint, daß sie dazu wohl befugt sind; sie sind ja Gläubiger geblieben. Dennoch findet das Gegentheil Statt; zwar ist dies in den Quellen nicht ganz ausdrücklich bezeugt, aber das, was sie bezeugen, streift so nahe daran, daß sich daran nicht zweifeln läßt. Es heißt in l. 8. l. 10. de pec. const. 13, 5:

> Paul. l. 29. ad ed.: (L. 8) Si vero mihi aut Titio constitueris te soluturum, mihi competit actio. Quodsi posteaquam soli mihi te soluturum constituisti, solveris Titio,

---

1) Nebenabreden sind nur dann klagbar, wenn sie bei Eingehung der Obligation festgestellt sind; werden sie später getroffen, so erzeugen sie nur dann eine Klage, wenn sie in die Form eines Constituts eingekleidet sind, sonst nur eine Exceptio (s. z. B. l. 7. §. 5. de pact. 2, 14. l. 9. §. 1. de d. r. 45, 2).

2) Denn auch, wenn der Schuldner mit Genehmigung des Gläubigers einem Dritten constituirt, so ist der Gläubiger nicht mehr berechtigt, die Zahlung anzunehmen, trotzdem er Gläubiger bleibt, l. 5. §. 2. de pec. const. 13, 5.

nihilominus mihi teneberis. (L. 10.) Idem est et si ex duobus reis stipulandi alteri constitutum, alteri postea solutum est, quia loco ejus, cui jam solutum est, haberi debet is, cui constituitur.

Hierin ist gesagt, daß nach Abschluß des Constituts der nicht constituirende Gläubiger keine Zahlung in Empfang nehmen dürfe; daß er an Stelle des Constituts nicht eine neue Abrede treffen dürfe, steht nicht unmittelbar in der Lex; allein wäre er dazu befugt, so hätte es sicherlich Paulus bemerkt, weil der Gläubiger dadurch sich zur Zahlungsempfangnahme wieder berechtigt machte; Paulus fügt im Gegentheil die Worte hinzu: „quia loco ejus, cui jam solutum est, haberi debet is cui constituitur".

Weshalb also darf das Constitut von keinem Andren als dem Constituenten aufgehoben werden? Die Antwort ist folgende: das neue Constitut könnte nur durch Versprechen des Schuldners zu Stande kommen; dieser darf aber ein solches Versprechen nicht abgeben; er würde hierdurch „fidem rei constitutae frangere" [1]). Ohne neues Constitut aber sind die übrigen Correalgläubiger nicht berechtigt zur Zahlungsempfangnahme; es behält deshalb das alte Constitut eine unzerstörbare Kraft; es muß erfüllt werden, die Erfüllung an die Uebrigen hat keinen liberirenden Erfolg und somit gilt der constituirende Correalgläubiger als einer dem bereits bezahlt worden ist: quia loco ejus, cui jam solutum est, haberi debet is cui constituitur, oder wie die Basiliken sich vorsichtig ausdrücken: XXVI, 7, 10: *ὁ γὰρ ἀντιφωνηθεὶς ἔοικε τῷ ἀπολαβόντι.*

Bezahlt nun nach dem Constitut der Schuldner einem nicht constituirenden Gläubiger ohne Irrthum, so hat er selbstverständlich keine Rückforderungsklage. Hat aber ein entschuldbarer Irrthum die Zahlung veranlaßt (z. B. sein Procurator zahlt, ohne das Constitut zu kennen), so ist die Rückforderungsklage begründet; ob aber dies die condictio indebiti ist, könnte zweifelhaft erscheinen, weil (wie ausgeführt) der am Constitut nicht betheiligte Correal-

1) l. 25. pr. de pec. const. 13, 5: Illud aut illud debuit et constituit alterum; an vel alterum, quod non constituit, solvere possit, quaesitum est. Dixi, non esse audiendum, *si velit hodie fidem constitutae rei frangere.*

gläubiger keineswegs aufhört, Gläubiger zu sein. Indeß geben die Römer überall, wo trotz einer perpetua exceptio gezahlt worden, die cond. indebiti; so in dem Falle, wenn ein pact. de non petendo abgeschlossen ist, wo doch die Schuld ipso jure fortbesteht, und nur in ihrer Wirksamkeit gehemmt ist[1]). Deshalb dürfte auch in unsrem Falle die cond. indeb. zulässig sein[2]); jedenfalls ist dies die Meinung der Compilatoren gewesen, welche zwischen die oben citirte l. 8. und 10. einen Ausspruch Papinians eingeschoben haben, wonach der solutionis causa adjectus nach Abschließung eines Constituts durch den Gläubiger nicht mehr Zahlung empfangen darf, sondern das Erhaltne mit der cond. indebiti herausgeben muß. Paulus selbst hingegen spricht sich über die Natur der Rückforderungsklage nicht aus; die Worte »quia loco ejus, cui jam solutum est, haberi debet is, cui constituitur« geben darüber keine Auskunft; sie besagen nur, daß der am Constitut nicht betheiligte Correus nichts fordern könne, weil dem Andren absolut Zahlung geleistet werden müsse und diese absolute Zahlungspflicht so gut wie Zahlung selbst sei. —

Die Wirkung des Constitutum in der Correalobligation läßt sich nach der obigen Ausführung aus seinem Inhalt und seiner Natur erklären. Ist es also nöthig, mit Savigny[3]) in l. 10 cit. den Rest einer angeblich von einigen Juristen adoptirten Novationstheorie zu erblicken, oder mit Kuntze und Demangeat[4]) im Constitutum eine sog. prätorische Novation und ein Solutionssurrogat zu finden? So gewiß uns l. 18. §. 3. de pec. const. von dem Streit referirt, ob die Constitutsklage auch die Klage aus der Hauptschuld consumire: so gewiß ist, daß hieraus nichts für eine Novationstheorie folgt; dieser Streit hat lediglich in der Auffassung der res seinen

1) l. 40. §. 2. de cond. ind. 12, 6; vgl. auch l. 34. §. 11. de sol. 46, 3.

2) Bruns in Zschr. f. Rechtsg. 1, 82 f. Fitting Corr. S. 132. Hingegen Fuchs (im Arch. f. civ. Pr. 42, 181) leugnet die Zulässigkeit der cond. indeb. — lediglich deshalb weil er (wie oben der Text) annimmt, daß der nicht am Constitut betheiligte Gläubiger doch Gläubiger bleibe; er hat dabei die in N. 1. citirte l. 40. §. 2. de cond. ind. und die aus derselben sich ergebende Folgesätze übersehen.

3) Obl. R. 1, 167 f.

4) Kuntze Obl. S. 196—205. Demangeat des obl. sol. S. 84—90.

Grund, indem einige Juristen in der Constitutsklage eine Klage aus der alten Obligation, andre (mit mehr Recht) eine Klage aus dem Bruch des Constitutum sahen; dieser Streit betrifft also bloß die prozessualische Consumtion, nicht die Novation [1]). Eine Schuld constituiren ist wesentlich etwas andres als sie noviren; das Constitutum bezweckt — das hat namentlich Kuntze verkannt — die Zahlung (se *soluturum* constituit), die Novation die Contrahirung einer Obligation mit dem Zwecke eine andre zu tilgen (se *daturum facturum* spondet); jenes ist im Vertrag mit materieller Causa, diese ist ein Formalact. So lange man freilich die Wirkung der Novation auf eine angebliche Hingabe an Zahlungsstatt, die in derselben enthalten sei, begründet (— und dies ist der Standpunkt fast aller Schriftsteller —), so lange wird Kuntze nicht widerlegt werden. Er hat hervorgehoben, daß bei Abschließung des Constituts der Gegenstand, Betrag, Ort, die Zeit der Zahlung, das Subject der Zahlungsempfangnahme bestimmt resp. verändert werden könne; lauter Abreden, wie sie in der Novation möglicherweise wiederkehren. Allein was gerade die Hauptsache ist, daß nämlich das Constitutum eine schuldige Hauptobligation voraussetzt, bei deren Deficienz es selbst nichtig ist, während die Abschließung einer Stipulation novandi animo eine neue Obligation hervorbringt, wenn auch keine alte Obligation existirte [2]): dies hat Kuntze nicht in Rücksicht gezogen. Und doch ist grade dies die Hauptsache; es zeigt, auf wie verschiedner Grundlage das Constitutum und die Novationsstipulation ruhen: das Constitutum auf der alten Obligation, die Novationsstipulation auf dem formalen Willen der Parteien; es zeigt, welch ein verschiedner Zweck durch das Constitutum und die Novationsstipulation verfolgt wird: durch jenes die Zahlung einer alten,

1) Bruns in Zschr. f. Rechtsg. 1, 79 f., woselbst er mit Recht bemerkt, daß man die Unklarheit der heutigen Theorie über Constitutum in die Römische hineinverlegt habe.

2) l. 25. de v. o. 45, 1. Zwar ist in dieser Stelle nur von einer obligatio quasi nulla exceptione obstante die Rede; allein vgl. l. 55. de v. s. 50, 16: creditor autem is est qui exceptione perpetua summoveri non potest, und l. 112. de r. j. 50, 17: nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur. — Dieselbe Interpretation von l. 25 cit. hat auch Brinz Pand. §. 129. S. 553.

durch diese die Begründung einer neuen Obligation. Mehr hiervon zu sprechen, werden wir noch später Gelegenheit haben bei der Darstellung der Acceptilation und Novation. —

Hier mag noch auf eine practische Härte der Kuntze-Demangeatschen Theorie aufmerksam gemacht werden: Beide [1]) behaupten sie nämlich, daß auch bei der passiven Correalobligation das Constitutum des einen Correalschuldners die übrigen (ope exceptionis) befreit; wer wird dies zugeben? [2])

Nicht einmal diejenigen haben es zugegeben, welche von einer andern Theorie aus zu der gleichen Consequenz gelangen mußten. Fitting-Girtanner [3]) nämlich erblicken im Constitut eine occupatio oder electio. Sie müßten zu derselben Behauptung kommen, welche Kuntze-Demangeat deutlich ausgesprochen haben [4]); allein sie schweigen darüber; ist das nicht eine Andeutung dafür, daß sie vor dieser Consequenz zurückschreckten? Dieser eine Umstand scheint uns genügend um die Anschauung, es liege im Constitutum eine Wahl, zu verwerfen. Allein entscheidender ist, daß jene Ausdrücke, die sonst wohl bei andern die Correalobligation betreffenden Acten gebraucht werden, auf das Constitutum in den Quellen nicht angewandt sind. — —

---

1) Kuntze Obl. S. 197. Demangeat de obl. sol. a. a. O.

2) S. überdies gegen Kuntze Fitting Corr. S. 133. ff. Bekker in der Heid. kr. Zschr. 3, 462 f. Sintenis Civilr. §. 99. Anm. 16. Girtanner Stipul. S. 272. Anm. 223.

3) Fitting Corr. §§. 22. 32. Girtanner Bürgschaft S. 78. 398. N. 8. Stipul. S. 272 f. Beigetreten sind ihnen Stinzing in krit. Viertelj. 1, 516 ff. Windscheid ebendas. 3, 177. und Samhaber Corr. S. 122. (letztrer übrigens nur mit Vorbehalt; principaliter meint er „die Lehre vom Constitutum sei nicht so abgeklärt und in sich vollendet, um von da aus in die Construction der Correalobligation einzugreifen"; darauf paßt die S. 306. N. 1. angeführte Aeußerung von Bruns). — — — Von andren Schriftstellern ist zu erwähnen: Keller (Litiscont. S. 449. Note 24.) führt das Constitutum ohne weitere Erklärung unter den Acten auf, welche den objectiven Bestand der Correalobligation berühren; Ribbentropp schweigt darüber ganz; Sintenis (Civilr. §. 99. Anm. 16.) betrachtet die Bestimmung der l. 10. de pec. const. als eine Singularität.

4) Ja, da Fitting das const. deb. alien. mit Recht als bloße Schattirung desselben Rechtsinstituts ansieht (a. a. O. N. 161.), so müßte er auch hierin eine Wahl finden, und die Correalschuldner selbst für befreit erklären!

Es versteht sich übrigens von selbst, daß, wenn ein Solidargläubiger ein Constitutum abschließt, die Wirkung eine andre ist als bei Correalobligationen. Ein einzelner Solidargläubiger hat nicht das Recht die Leistung allein in Empfang zu nehmen[1]), kann sie sich also auch nicht allein versprechen lassen; thut es der Schuldner dennoch, so handelt er auf seine Gefahr.

§. 27. Fortsetzung. Hingabe an Zahlungsstatt, Depositon, Compensation, Acceptilation.

Offenbar ist es gleichgiltig, ob die Erfüllung durch naturalis praestatio ejus quod debetur oder durch Hingabe an Zahlungsstatt[2]) oder durch Compensation geschieht. Aber eine andre, nicht durch die Natur der Correalobligation zu entscheidende Frage ist es, ob ein Correalschuldner mit der Gegenforderung eines Genossen compensiren dürfe; es steht dieses nur dem correus socius zu[3]), die Befugniß hiezu rührt demnach aus der Societät her, d. h. aus einem Verhältniß, welches außerhalb der Correalobligation liegt. Der Grund dieser Bestimmung ist folgender: für den gemeinsamen Gläubiger konnte es gleichgiltig sein, ob der compensirende Correus Gesellschafter des andren ist oder nicht; nicht also für den andren Correus: er hat nur dann einen Anspruch an den andren, wenn er sein Socius ist. — Man kann diese Vorschrift analog auf die active Correalobligation übertragen: der gemeinsame Schuldner kann gegen den klagenden Correus mit der Gegenforderung gegen einen andren dann compensiren, wenn unter den Correalgläubigern eine Societät besteht.

Es versteht sich ferner von selbst, daß der Zahlung die gerichtliche Deposition oder (im Falle der l. 1. §. 3. de per et comm. 18, 6) die Dereliction der schuldigen Leistung gleichsteht.

Endlich aber muß, was durch die Solutio, in gleicher Weise

---

1) l. 1. §. 36. l. 14. pr. dep. 16, 3. l. 54. §. 1. de v. o. 45, 1. l. 81. §. 1. de sol. 46, 3. Arndts Pand. §. 216.

2) Hier würde es sich bloß fragen, ob die Aufhebung ipso jure oder ope exceptionis geschehen ist; Gai. 3, 168.

3) l. 10. de d. r. 45, 2.

auch durch die Acceptilatio bewirkt werden; denn die Acceptilatio ist, um mit Seneca zu reden, eine solutio verbis perfecta [1]), oder wie Gaius [2]) treffend sagt: creditor non accipit sed (acceptum) habere se dicit.

Bei der Würdigung der Acceptilatio sind zwei Momente ins Auge zu fassen: einmal ist sie ein Formalact, und sodann ist sie ein solcher Formalact, dessen Wirkung von den Parteien dahin festgestellt ist, daß er wie ein materieller Act (die Solutio) wirken soll. Die bisherigen Schriftsteller haben entweder beide Momente oder doch das letztre außer Rücksicht gelassen. Das ist um so merkwürdiger, als der Grund darin liegt, daß man die Acceptilationsformel vernachläßigt hat; es ist gewiß auffallend, daß eine quellenmäßige Formel von den Romanisten unbeachtet geblieben ist.

Daß die Acceptilatio ein Formalact ist, bedarf keiner Ausführung. Und doch muß daran erinnert werden; wie wäre es sonst möglich gewesen, daß man sie einen Erlaß [3]), eine Quittung [4]) eine simulirte Zahlung [5]), eine fingirte Geldzahlung [6]) nannte! Sie ist Formalact; das bedeutet: auf die Causa der Acceptilation kommt nichts an; denn das ist das Wesen des Formalactes, daß seine Wirkungen nach dem erklärten Willen der Parteien bemessen werden,

---

1) Seneca de benef. 6, 5. §. 2: Nam et pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, quamvis non intervenerint nummi, sed delegatione *et verbis* perfecta solutio sit. Zwar meint Fitting (S. 43. N. 47), die Worte „et verbis" bezögen sich auf die Delegation: allein diese konnte ja auch durch Literalcontract geschehen.

2) Buch 2. §. 85.

3) So Scheurl Beitr. 2, 16 f. Arndts Pand. §. 267. Samhaber Corr. S. 92 f. Es ist kein Fortschritt, wenn Savigny dagegen auf die „etwas zweideutige Natur" der Acceptilation aufmerksam macht, indem sie bald Erlaß sei, bald aber auch für eine wirkliche Zahlung geschehe (Obl. R. 1, 171.), und hieraus die Wirkung der Acceptilation in der Correalobligation ableitet; denn es ist durchaus gleichgiltig, ob die Acceptilation in dieser oder jener Absicht vorgenommen wird; s. die oben im Text folgende Ausführung.

4) Fitting Corr. §. 8. Fritz in Zsch. f. Civ. u. Pr. N. F. 19, 71.

5) Rückert in Zsch. f. Civ. u. Pr. 12, 35; übrigens nennt er die Acceptilation auch feierliche Quittung, und scheint zu glauben, daß dies dasselbe sei was simulirte Zahlung.

6) Gneist form. Vertr. S. 134.

und nicht nach dem Grunde, auf welchem dieser Wille ruht, nach dem Zweck, welchen die Parteien verfolgen. Zwar daß jede Partei ihre Causa hat, behufs deren Verwirklichung sie den Formalact vornimmt, darf nicht in Zweifel gezogen werden; ohne Causa ist ihr Wille kein vernünftiger[1]); allein das Wesen des Formalacts ist, daß seine Wirkungen nicht nach der Causa bemessen werden, daß er giltig ist, selbst wenn der Zweck nicht erreicht wird. Daher z. B. ist die Novationsstipulation giltig, wenngleich eine alte Obligation, die novirt werden soll, gar nicht existirt (oben S. 306. N. 2.), und sie ist ferner giltig, wenngleich die alte, welche aufgehoben werden soll, wegen gewisser Umstände (z. B. wegen mangelnden jus novandi) nicht aufgehoben wird[2]). — Auf die Acceptilatio angewendet bedeutet dies: auf die Causa der Acceptilation kommt nichts an; selbst wenn sie Zug um Zug für wahre Zahlung geschieht, darf die Obligation nicht als durch Zahlung getilgt angesehen werden; vielmehr ist die Zahlung nur Entgelt für die Acceptilatio, analog wie derjenige, welcher ein Darlehn empfängt und in continenti dasselbe stipulirt, nicht etwa zunächst Darlehnsschuldner und sodann (durch Novation) Stipulationsschuldner wird, sondern allein aus der Stipulation verhaftet wird, weil »magis implendae stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri«[3]). — Die Acceptilation kann unter Umständen geschehen, wie sie nur bei einem gegenseitigen Vertrage vorkommen, indem der Gläubiger für eine hierauf zu erfolgende Zahlung oder Delegation acceptilirt; aber diese Umstände haben keinen Einfluß auf den Character und die Wirkung der Acceptilation, denn sie entlehnt ihre Bedeutung durchaus dem Willen der Parteien:

l. 9. de praescr. verb. 19, 5: Ob eam causam accepto libe-

1) Gneist a. a. O. S. 122. Windscheid Voraussf. S. 87 f. Selbstverständlich liegt es außer den Grenzen dieser Abhandlung, in eine Polemik gegen die bisherigen Ansichten über die Causa einzutreten; worin unsre Ansicht von ihnen abweicht, ergiebt die obige Ausführung, so skizzenhaft sie auch sonst ist. Vgl. hiezu noch §. 28.

2) l. 9. pr. l. 16. de nov. 46, 2. Natürlich steht, wenn die alte Obligation erfüllt ist, der Klage aus der neuen doli exceptio entgegen, und umgekehrt.

3) l. 6. §. 1. l. 7. de nov. 46, 2.

ratus, ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, incerti actione tenebitur. Itaque judicis officio non vetus obligatio restaurabitur, sed promissa praestabitur aut condemnatio consequetur.

Nur in einem Falle verhält es sich anders. Ueber dem Willen der Parteien nämlich steht der Wille des Gesetzes; wird jener durch dieses unter besondren Umständen reprobirt, so muß allerdings auf die Causa zurückgegangen werden, um zu beurtheilen, ob der Formalact unter das Gesetz fällt oder nicht; daher ist die Eigenthumsübertragung des schenkenden Ehegatten nichtig, daher die Obligation der intercedirenden Frau gleichfalls null, daher auch die Acceptilation in einem Fall der Correalobligation, auf welchen wir später zurückkommen (S. 313 f.).

Die Acceptilation ist aber nicht bloß Formalact im Allgemeinen, sondern der bestimmte Formalact, kraft dessen dieselben Wirkungen hervorgehen, welche die wahre Solutio zur Folge hat. Das ist die Bedeutung ihres Namens Acceptilatio und der Formel: quae centum me tibi dare oportet, *habesne (facisne)* accepta? accepta *habeo (facio)* [1]); es soll so gehalten werden, wie es gehalten wird, wenn die Forderung durch Zahlung getilgt ist; das ist hinwiederum der besondre Reiz, welcher in diesem Formalact ruht: seine Wirkungen sind einem materiellen Act, der Solutio, entlehnt. Hieraus erklären sich die Aussprüche der Quellen, über welche unter den Schriftstellern noch keine Uebereinstimmung herrscht [2]). Ihrem Begriff nach ist die Acceptilatio keine Zahlung, sondern Formalgeschäft, und die acceptoferirende Frau bedarf deshalb der auctoritas tutoris [3]); wohl aber ist die Acceptilatio Zahlung in ihren Wirkungen, denn die Parteien selbst haben es in der Formel also fest-

1) Gai. 3, 169. l. 6. l. 7. de acc. 46, 4. §§. 1. 2. J. qu. mod. 3, 29; vgl. auch außer l. 9. l. 15. de acc. Die in l. 18. §. 1. eod. enthaltne stipul. Aquil., in welcher die beiden Ausdrucksweisen combinirt sind, indem auf die Frage „*haberetne* acceptum" die Antwort „acceptum *fecit*" erfolgt. Man muß die Acceptilationsformel übersetzen: „hältst du die Schuld für empfangen? ich halte sie dafür".

2) Vgl. z. B. die Entgegnung Samhabers (Corr. S. 92.) auf die Ausführung Fittings (Corr. §. 8).

3) Gai. 3, 171.

gestellt [1]). Und so nennen sie die Quellen eine »civilis solutio« [2]), d. h. einen Act, welcher, obwohl er keine naturalis praestatio ejus quod debetur ist, dennoch wie eine solche behandelt wird; ganz dasselbe bedeutet die »velut imaginaria solutio« bei Gaius 3, 169. und das »velut solvisse videtur« in l. 16. pr. de acc. 46, 4; in mehreren andern Stellen [3]) wird die Acceptilatio ausdrücklich nur hinsichtlich der Wirkungen der Solutio gleichgestellt.

Ist aber die Acceptilatio eine Solutio in ihren Wirkungen, so muß sie wie diese nicht bloß die acceptilirte Sonderobligation, sondern auch alle übrigen Sonderobligationen zerstören. Damit stimmen die Quellen überein; denn es heißt in

l. 2. de d. r. 45, 2: acceptilatione unius *tota obligatio* solvitur

und in

l. 31. §. 1. de nov. 46, 2: unius acceptilatione perimi utrisque obligation*em*.

Die »tota obligatio« in l. 2. und die »obligatio utriusque« in l. 31. können sprachlich nichts andres als die Summe aller Sonderobligationen bedeuten. — Daß aber die Acceptilatio auch in ihrer Anwendung auf die Correalobligation als civilis, velut imaginaria solutio gilt, lehrt Ulpian in

l. 16. pr. de acc. 46, 4: quum ex duobus pluribusque ejusdem obligationis participibus uni accepto fertur, ceteri quoque liberantur, non quoniam ipsis accepto latum est, sed quoniam *velut solvisse* videtur is, qui acceptilatione solutus est.

1) Weil die Parteien dies festgestellt haben, enthält die Acceptilation keine Fiction; fingiren darf nur der Prätor, die Parteien können sich nicht über Thatsachen oder Rechtssätze erheben; auch wird von den Acceptilirenden keineswegs eine Zahlung erdichtet; sie erklären vielmehr, es soll so gehalten werden, wie es sonst bei Zahlung der Schuld gehalten wird. Anders Scheurl Beitr. 2, 17; daher weist Scheurl S. 22. 23. der Acceptilatio eine ganz andre Bedeutung als dem contrarius consensus zu, jene hält er für Erlaß, diesen für einen auflösenden Vertrag. Pomponius aber erklärt in l. 80. de sol. 46, 3. sowohl den contr. cons. als die Acceptilatio für auflösende Verträge.

2) l. 107. de sol. 46, 3.

3) l. 5. l. 13. §§. 4. 7. l. 16. pr. de acc. 46, 4. l. 7. §. 1. de lib. leg 34, 3.

Nicht daraus, daß der acceptorogirende Schuldner überhaupt befreit ist, leitet Ulpian die Befreiung der übrigen ab, sondern daraus, daß er durch imaginaria *solutio* die Obligation aufgehoben hat[1]). Deshalb ist es auch gleichgiltig, daß in der Acceptilationsformel bloß der Person des acceptorogirenden Correalschuldners resp. des acceptoferirenden Correalgläubigers gedacht ist[2]); denn wenn auch bloß eine Sonderobligation acceptilirt ist, so bedeutet dies doch, daß nach der Abrede der Parteien es so gehalten werden solle, wie wenn jene Sonderobligation durch solutio aufgehoben worden wäre; die Aufhebung einer Sonderobligation durch Solutio aber zieht stets die Aufhebung aller übrigen Sonderobligationen nach sich. Man darf sich auch ferner nicht auf die Regel: res inter alios acta aliis nec prodest nec nocet berufen; diese Regel setzt zwei unabhängige Rechtsverhältnisse voraus; in der Correalobligation aber stehen die Sonderobligationen als die Producte der Gesammtobligation mit einander in Verbindung, und alle Ereignisse, welche sich auf den Begriff der Erfüllung und Verfügung zurückführen lassen, wirken auf alle Sonderobligationen in gleicher Weise, auch wenn sie zunächst nur eine derselben betroffen haben.

Die Wirkung der Acceptilatio bestimmt sich demnach nach dem Inhalt der Acceptilationsformel. Allein es giebt, wie bereits oben angedeutet, einen Fall, in welchem der formale Wille der Parteien, wie er in der Acceptilationsformel niedergelegt ist, vom Gesetz reprobirt wird; er ist enthalten in

> l. 5. §. 1. de don. i. vir. et ux. 24, 1: Si maritus duos reos habeat, Titium et mulierem, et mulieri accepto tulerit donationis causa, neuter liberatur, quia acceptilatio non valet. Plane si mihi proponas, Titio accepto latum, ipse quidem liberabitur, mulier vero manebit obligata.

---

1) In den andren Stellen, welche die Wirkung der Acceptilatio bei Correalobligationen angeben (l. 2. de d. r. 45, 2. l. 13. §. 12. de acc. 46, 4. l. 31. §. 1. de nov. 46, 2. l. 27. §. 2. de min. 4, 4. l. 82. §. 5. de leg. I. (30). l. 3. §. 3. l. 29. de lib. leg. 34, 3.) ist von dem Grunde dieser Wirkung nicht gesprochen.

2) Daß dies der Fall ist, beweisen die Worte der l. 16. pr. de acc. 46, 4: „*uni* accepto fertur" und „non quoniam *ipsis* accepto latum est".

Schließt der Mann mit seiner Ehefrau donandi causa die Acceptilation ab, so ist der ganze Act nichtig (quia acceptilatio non valet), also wird die Frau nicht befreit, und eine Rückwirkung auf die Obligation des andern Correalschuldners ist undenkbar. Wird hingegen die Acceptilation mit diesem abgeschlossen, so gilt sie; die Sonderobligation des Acceptorogirenden wird demgemäß vernichtet, folgeweise sollte es auch die Sonderobligation der Frau, allein hier tritt das Gesetz dazwischen, und verhindert, daß die Aufhebung der einen Sonderobligation auf die Sonderobligation der Frau zurückwirke; denn die Acceptilation soll bezüglich der Frau nicht als Formalact beurtheilt werden, nicht als imaginaria solutio, sondern als das was sie materiell ist: als Schenkung. Darin liegt eine Anomalie, da es nunmehr eine Sonderobligation trotz einer (imaginaria) solutio giebt, aber keine größre Anomalie, als wenn der schenkende Ehegatte trotz des animus dominii transf. kein Eigenthum überträgt. Und diese Anomalie bestätigt die Existenz der Sonderobligationen augenscheinlich; es ist noch nirgends die Entscheidung der l. 5. §. 1 cit. genügend erklärt worden; sie ist vielmehr bisher über Gebühr vernachläßigt worden [1]).

Werfen wir endlich zum Schluß einen Blick auf die Solidarobligationen, so haben wir bereits früher [2]) eine Lex erwähnt, nach welcher die Acceptilation mit einem Solidarschuldner die übrigen befreit,

> l. 16. pr. de acc. 46, 4: Si ex pluribus obligatis uni accepto fertur, non ipse solus liberatur, sed et hi qui secum obligantur [3])

und dies ist ganz consequent, da ja auch die wahre Zahlung eines Solidarschuldners alle Solidarschuldner befreit. Allein die active Solidarobligation unterscheidet sich von der passiven. So wenig

1) Savigny erwähnt sie bloß als „eine merkwürdige Anwendung" (Obl. R. 1, 170. N. q.), Kuntze gleichfalls als „positives Recht" (Obl. S. 179.), Fitting als „eine merkwürdige, übrigens von selbst begreifliche Ausnahme" (Corr. S. 40. N. 41).

2) Oben §. 22. S. 271.

3) Daß Ribbentropp andrer Meinung ist, wurde bereits oben S. 299. N. 1. S. 300. N. 1.) bemerkt; ihm ist Kuntze (Obl. S. 230.) hinsichtlich der Solidarobligation aus Delicten u. s. w. gefolgt.

ein Solidargläubiger allein die Leistung in natura annehmen darf, so wenig hat er die Befugniß sie zu acceptoferiren [1]). So ist auch hier ein Unterschied zwischen Solidar- und Correalobligation ersichtlich, welcher freilich aus den Quellen nicht nachgewiesen, aber doch auch nicht widerlegt werden kann. — —

Soweit unsre Ansicht, welche wir, soweit sie das heutige Recht betrifft, in §. 35. vervollständigen werden. Was die der Schriftsteller betrifft, so ist von Savigny und Brinz bereits oben S. 294. 295. gehandelt worden; wir knüpfen hieran eine Kritik der Meinungen von Kuntze, Fitting-Fritz, Windscheid und Samhaber [2]). Nur mit Windscheid stehen wir auf gemeinsamem Boden; von den Andren differirt unsre Ansicht auf das Erheblichste.

Zunächst von Kuntze [3]). Denn nicht auf die Acceptilationsformel, nicht auf die Worte »habesne acceptum? acceptum habeo« geht Kuntze zurück [4]); würde er dies, so könnte er unmöglich neben der Acceptilatio noch die Novatio, die Litiscontestatio, den Eid der Solutio gleichstellen. Er begnügt sich vielmehr darauf hinzuweisen, daß nach Ansicht der römischen Juristen alle diese Acte solutionis jure wirken; daß dieses solutionis jure nur soviel bedeutet: „jene Acte haben denselben Effect wie Solutio (d. h. Aufhebung der Obligation ipso jure)«, und daß dieser Satz durchaus nicht identisch ist mit dem andren: „jene Acte sind Solutio" entgeht ihm; daher suchen wir auch bei ihm vergebens, weshalb jene Acte Solutiones sind [5]); vielmehr lesen wir eine allgemeine Betrachtung [6]) über

1) Andrer Meinung Fitting Corr. S. 48.

2) Bloß von Rückert sehen wir ab; er bezeichnet die Acceptilatio bald als feierliche Quittung, bald als simulirte Zahlung (s. oben S. 309. N. 5.); es ist schon oben auf den Widerspruch aufmerksam gemacht worden.

3) Obl. S. 178. 179.

4) Das bleibt um so merkwürdiger als er S. 191. gegen Savigny (s. oben S. 309. N. 3.) bemerkt, die Acceptilatio habe keine zweideutige Natur, sie sei Formalgeschäft, also weder Erlaß oder Schenkungsvertrag, noch Quittung noch ein andrer materieller Vertrag. Von dieser Anschauung macht Kuntze gar keinen Gebrauch, ihm genügt der „Solutionscharakter" der Acceptilation.

5) Was speciell die Acceptilatio anbetrifft, so weiß Kuntze die Rechtssätze bei Gaius 3, 171. und in l. 5. §. 1. de dom. i. v. et u. 24, 1. nicht zu erklären; er hält sie für positives Recht; a. a. O. S. 179.

6) A. a. O. S. 225 ff.

Rechtsbildung und über die Anknüpfung eines neuen Rechtsinstitus an ein andres ältres, — eine Anknüpfung, welche nicht etwa auf Grund innrer Nothwendigkeit, wegen der Natur des neuen Rechtsinstituts, sondern aus theoretischer Reflexion, aus formalen Nützlichkeitsgründen geschieht, deshalb nämlich um den neu sich bildenden, noch keinen bestimmten Rechtssätzen unterworfnen Rechtsbegriff an eine gegebne feste Grundlage anzuschließen. Die falschen Consequenzen, zu welchen diese Ansicht führt, hat Kuntze bei der Novation, Litiscontestation u. s. w. selbst gezogen: er spricht nämlich der heutigen Jurisprudenz das Recht zu, diese Acte anders als die Römer aufzufassen und ihre Wirkungen anders festzustellen; bei der Acceptilation hat er sich dieser Feststellung dadurch entzogen, daß er sie als heutzutage unpractisch erklärt (S. 225. i. A.); hätten wir sie, so würde Kuntze, wie wir aus einer Aeußerung S. 227. a. E. mit Sicherheit schließen, sie nur auf die Obligation des einen Correus beziehen. Dieses Resultat aber erscheint uns durchaus verwerflich.

Nicht weniger weichen wir von Fitting und Fritz [1]) ab. Beide sehen in der Acceptilatio bloß das Bekenntniß des Gläubigers Zahlung erhalten zu haben. Daß dies nicht zur Acceptilationsformel stimmt, ind.m diese nicht »accepistine-accepi«, sondern »habesne accepta-accepta habeo« lautet, liegt auf der Hand; aber sie verkennen überhaupt das Wesen eines Formalacts. „Das in der Acceptilation abgegebne Versprechen beweist (nach Fitting [2]) wegen seiner formellen Natur unbedingt; Gegenbeweis sei nicht zulässig; daß Zahlung erfolgt sei, praesumtio juris et de jure; mochte die Schuld durch Erlaß oder Zahlung aufgehoben sein, in den Augen des Richters sei sie immer durch Zahlung getilgt gewesen". Bereits hat Windscheid [3]) dieser Ausführung entgegengehalten, daß sie die Wirkung der Acceptilatio auf das Niveau des Beweises herabdrückt, während sie doch eine formale Willenserklärung ist. Nur

1) Fitting Corr. §. 8. Fritz in Zsch. f. Civilr. und Pr. N. F. 19, 71.

2) Dieser hat die Materie allein eingehend behandelt; Fritz begnügt sich mit wenigen Worten.

3) Krit. Viertelj. 3, 170.

scheint uns dies noch nicht genug; denn nicht bloß eine formale Willenserklärung ist die Acceptilation, sondern die specielle Formalerklärung, welche kraft Feststellung der Parteien wie Zahlung wirkt. Es wird dann zugleich klar, wie Fitting zu der Annahme eines Empfangsbekenntnisses gelangt ist; er hat den Begriff des Vertrages und des Zugeständnisses verwechselt.

Den Character der Willenserklärung (das ist so eben bemerkt worden) hat Windscheid der Acceptilatio gerettet, ihre der Solutio entlehnten Wirkungen hingegen nicht erklärt. „Die Acceptilatio ist eine Disposition des Gläubigers über seine Forderung [1]), eine Vernichtung derselben durch seinen Willen. Der Grund der Disposition ist für ihre Wirkung ganz gleichgiltig; er kann sein, weil der Gläubiger befriedigt worden, er kann irgend ein andrer sein". Bis hierher stimmen wir mit Windscheid. Wenn er aber nunmehr fortfährt: „Die Acceptilatio bedurfte aber nach R. R. einer Form; dieselbe ist das vertragsmäßig abgegebne Bekenntniß bezahlt worden zu sein", so müssen wir ihm entgegentreten. Schon das kann nicht gebilligt werden, daß ein Zahlungsbekenntniß, welches vertragsmäßig abgegeben sei, nicht als Zahlungsbekenntniß wirke; es müßte dagegen die querela non solutae pecuniae zugelassen werden. Sieht man aber auch hievon ab, so bleibt noch ein bedeutenderer Einwand übrig; denn ist die Formel der Acceptilation bloß Form, und entlehnt die Acceptilation ihre Wirkungen nicht zugleich aus den Worten der Formel, sondern bloß aus dem Willen des Gläubigers, welcher über die Obligation disponiren will, so kann es bei der Correalobligation leicht geschehen, daß dieser Wille bloß auf die Sonderobligation des Acceptorogirenden gerichtet ist; oder ist etwa die Erklärung „du sollst nicht mehr mein Schuldner sein" identisch mit der andren „ihr Alle sollt nicht mehr meine Schuldner sein"? Wären die Worte »habesne acceptum? acceptum habeo« bloße Form gewesen, warum griffen die Römer, die doch bei Fassung ihrer Formeln gewiß nicht ohne Schärfe zu Werke gingen, nicht lieber zu den Worten: »quod dari tibi promisi, id non dari vis? Volo«? Diese Worte

1) Später drückt sich Windscheid so aus: „die Willenserklärung: „„du sollst nicht mehr mein Schuldner sein"".

hätten den „Dispositionsgehalt" viel genauer ausgedrückt; sie hätten ein (nach Windscheid fremdes) Element (die Gleichstellung mit der Solutio) von der Acceptilationsformel fern gehalten. Vielmehr läßt sich behaupten: wäre diese Formel (id non dari vis? volo) gebräuchlich gewesen, so wäre je nach dem Willen der Parteien bald die Sonderobligation des Acceptoferirenden resp. -rogirenden bald alle Sonderobligationen zusammen aufgehoben worden, — wie bei der Novation (§. 28).

Aber man begreift den ungeheuren Fortschritt, welcher in Windscheids Ansicht gegenüber den früheren liegt. Vor ihm hatte bloß Kuntze die Acceptilatio für einen Formalact erklärt[1]), aber von dieser richtigen Anschauung keinen Gebrauch gemacht. Windscheid zuerst that dies; von Windscheids Ansicht zu der unsrigen liegt aber nur ein Schritt; denn wenn die Wirkung der Acceptilatio darauf beruht, daß sie ein Formalact ist, so ist man behufs genauerer Bestimmung genöthigt, auf die Acceptilationsformel einzugehen. Wer der Acceptilatio aber den Character des Formalacts abspricht, gelangt nothwendig zu dem Standpunkt Samhabers[2]), welcher kurzweg die Acceptilatio als Erlaß bezeichnet, die Formel »habesne acceptum — acceptum habeo« als Ueberbleibsel aus einer Zeit her erklärt, wo die Acceptilatio noch nicht die Aufgabe hatte, einen Erlaß zu bewirken, und welcher deshalb die Formel für die dogmatische Auffassung der Acceptilatio im classischen Recht für ganz unerheblich hält. Geben wir Samhaber Alles in bester Form zu: was ist dann erklärt? Wenn dem einen Correalschuldner erlassen ist: weshalb ist dies auch dem andren?

---

1) Vielleicht wird man behaupten, auch Brinz thue ein Gleiches, indem er (Pand. S. 638.) für eine mündliche Quittung erkläre; uns scheint dies aber, wenn das Wort „mündlich" betont wird, ein innerer Widerspruch; denn die Quittung ist nach unsrem Sprachgebrauch ein Zahlungsempfangsbekenntniß, und dieses liegt nicht in der Acceptilation; s. gegen Brinz die Bemerkung von Arndts Pand. §. 267. Anm. 1. a. E.

2) Corr. S. 92 f.

β) §. 28. Die Verfügung über die Obligation. Novation, (Acceptilation), contrarius consensus, Cession. Gelegentlich von der in integrum restitutio.

Das R. R. kennt vier Arten der Verfügung über eine Obligation: die Novation, den contrarius consensus, die Acceptilation und die Cession [1]). Von diesen ist bereits die Acceptilation in §. 27. erörtert; auch ist dort ausgeführt worden, daß die Wirkungen der Acceptilatio aus der Formel und der darin ausgesprochnen Feststellung des Solutionseffects herzuleiten sind. Die Wirkungen der Novation, des contrarius consensus und der Cession hingegen müssen, da bei ihnen die Anlehnung an die Solutio fehlt, je nach dem Willen der Parteien verschieden sein; je nachdem sie alle oder nur eine Sonderobligation aufheben wollen, werden alle Correi oder nur einer von der Schuld befreit werden resp. die Forderung verlieren. Die theoretische Nothwendigkeit dieser Behauptung ist bereits §. 19. S. 235 f. dargelegt worden; hier bleibt uns übrig die Richtigkeit derselben aus den Quellen nachzuweisen. Es läßt sich aber dieser Beweis vollständig nur hinsichtlich der Novation erbringen; vom contrarius consensus schweigen die Quellen; hinsichtlich der Cession behandeln sie nur den Fall der passiven Correalobligation, hier wird gewöhnlich der Gläubiger die ganze Obligation übertragen wollen, und so muß denn der Erbe, wenn zweien Legataren die Correalobligation vermacht ist, dem einen die Klage gegen alle Schuldner abtreten, dem andren die Aestimation zahlen [2]).

Die Behauptung, wie sie so eben aufgestellt, ist bereits früher von Huschke, Arndts, Rückert und Helmolt [3]) wenigstens für die Novation ausgesprochen worden. Das ist keine geringe Stütze für uns; denn die beiden zuerst genannten Rechtslehrer sind Anhänger der Keller-Ribbentroppschen Theorie. So nimmt schon unter den

---

1) Dazu tritt nach heutigem Recht der Erlaß §. 35.

2) l. 82. §. 5. de leg. I. (30). l. 13. pr. de leg. II. (31). S. auch l. 29. de lib. leg. 34, 3.

3) Huschke in Zschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. 2, 153 ff. Arndts Pand. §. 268. Anm. 6. Rückert in Zschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. 12, 15. 39 ff. Helmolt Corr. S. 142.

Bekennern der herrschenden Ansicht die „subjective Beziehung" eine den Urhebern kaum erwünschte Ausdehnung an.

Die Quelle des Streits ist l. 31. §. 1. de nov. 46, 2 [1]):

(Venuleius): Si duo rei stipulandi sint, an alter jus novandi habeat, quaeritur, et quid juris quisque sibi acquisierit. Fere autem convenit et uni recte solvi, et unum judicium petentem totam rem in litem deducere, item unius acceptilatione perimi utrisque obligationem; ex quibus colligitur unumquemque perinde sibi acquisiisse ac si solus stipulatus esset, excepto eo quod etiam facto ejus, cum quo commune jus stipulantis est, amittere debitorem potest. Secundum quae si unus ab aliquo (alio quo? [2]) stipuletur, liberare eum [3]) ab altero *poterit, quum id specialiter agit*, eo magis quum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus; alioquin quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem, isque ab eo stipulatus fuerit, aut mulier fundum [4]) jusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi doti eum [5]) promiserit? nam debitor ab utroque liberabitur.

Nach Huschke geht aus dem Wortlaut der Lex nur hervor, daß der eine Correalgläubiger den gemeinsamen Schuldner von dem andren Correus befreien kann (daher liberare *poterit*), nämlich wenn er dies beabsichtigt (cum id specialiter agit), und eine solche Intention kann in dem Zweck der Novation stillschweigend ausgesprochen sein, namentlich in den am Schluß der Lex angeführten Fällen, da, wenn in diesen nicht eine Novation aller Sonderobligationen angenommen würde, der Schuldner noch an die an der Novation nicht betheiligten Correalgläubiger zahlen könnte, und mithin der an

1) Daß l. 27. pr. de pact. 2, 14. den einzelnen Correalgläubigern nicht das Recht zu noviren nimmt, ist überzeugend von Savigny Obl. R. 1, 174 ff. und Vangerow Pand. §. 573. Anm. 3. nachgewiesen.

2) Vgl. zu dieser Emendation l. 31. pr. de acq. dom. 41, 1. und Savigny Obl. R. 2, 254. Note k.

3) Arndts liest mit Recht reum statt eum.

4) Huschke liest eundem statt fundum, dafür Arndts, dagegen Vangerow Pand. 3, 99.

5) Huschke liest debitum statt eum, dafür Arndts, dagegen Vangerow.

Stelle des novirenden Correus tretende neue Gläubiger nichts erhalten würde. Die Gegner [1]) halten die Worte »cum id specialiter agit« als ein Emblem (mit Rücksicht auf l. 8. C. de nov. 8, 42), betreffs des liberare *poterit* ist von ihnen keine Widerlegung versucht, vielmehr beziehen sie sich noch auf l. 33. §. 1. de stip. serv. 45, 3, sowie auf l. 8. §. 11. l. 20. ad sct. Vell. 16, 1. Diese Einwände halten wir nicht für stichhaltig.

Was das angebliche Emblem betrifft, so muß nach dem Zusammenhang der Lex zu »cum id specialiter agit« ergänzt werden »ut eum ab altero liberet«; die Ergänzung »ut prior obligatio novetur« ist gegen den Zusammenhang, weil Venulejus vorausschickt und voraussetzt, daß überhaupt eine Novation geschehe. Ist dies aber so, dann kann nicht mehr von einem Emblem die Rede sein.

Die l. 33. §. 1. de stip. serv. [2]) lehrt keineswegs, daß der Schuldner von beiden Usufructuaren resp. Usucapionsbesitzern aus der alten Schuld befreit sei, sondern nur, daß die neue Forderung dem befehlenden Usufructuar erworben worden, d. h. die alte Sonderobligatio des befehlenden Usufructuars resp. Usucapionsbesitzers ist aufgehoben und an ihre Stelle die neue Obligatio getreten. Ja, diese Auslegung scheint durch die concreten Umstände des in l. 33 cit. erörterten Rechtsfalles geboten. Der Correalgläubiger novirt nämlich nicht selbst, sondern läßt die Novation durch einen Sclaven, an welchem er zugleich mit dem anderen Correus den Ususfructus resp. den Usucapionsbesitz hat, vornehmen. Ein solcher Sclave erwirbt bekanntlich dem Fructuar und Usucapionsbesitzer nur ex re ejus und ex operis suis [3]); die causa ex operis trifft hier nicht zu; was aber die causa ex re betrifft, so war ja ex re usufructuarii resp. b. f. possessoris nur dessen Sonderobligation, da die Gesammtobligation der Einheit beider Correi zustand; nur diese

1) Savigny Obl. R. 1, 164 f. Vangerow 3, 98 f. Fitting Corr. S. 49. Windscheid in krit. Viert. 3, 174 f. Samhaber Corr. S. 94. Fritz in Zsch. f. C. u. Pr. R. F. 19, 72 f.

2) Dieselbe lautet: Si duo rei stipulandi usumfructum in servo habeant vel quibus bona fide serviebat, et jussu unius a debitore stipuletur, ei soli acquirit.

3) Vgl. Gai. 2, 91. 92.

Sonderobligation konnte demnach novirt werden. Nimmt man an, daß die ganze Obligation Gegenstand der Novation gewesen wäre, so hätte nicht allein dem befehlenden Correus, sondern zugleich dem andren erworben werden müssen, weil ja die Correalobligation auch ex re des Letztren war. Man lege nicht darauf Gewicht, daß der erwerbende Correus den Befehl zur Novation ertheilt habe; denn der Befehl ist nur bei einem Eigenthümer von Bedeutung: jussus cohaeret *domino* sind die in l. 33. pr. unsrem Falle vorhergehenden Worte, deren Anwendung wir in l. 31. de stip. serv. l. 25. §. 3, i. f. de usufr. 7, 1. genau erfahren; soll ein Nichteigenthümer durch einen Sclaven erwerben, so kommt es lediglich darauf an, daß der Erwerb ex re ejus geschehe, sein Befehl ist ohne Einfluß.

So schlägt l. 33 cit., welche der gegnerischen Ansicht eine Stütze leihen sollte, ins grade Gegentheil um: sie legt neben l. 31. §. 1 de nov. Zeugniß dafür ab, daß die Novation auf eine Sonderobligation beschränkt werden könne.

Beide Leges beziehen sich auf Activcorrealobligationen. Um so sichrer scheint für die Passivcorrealobligationen aus l. 20. sct. Vell. hervorzugehen, daß die Novation stets auf alle Correalschuldner wirke:

> Si pro uno reo intercessit mulier. adversus utrumque restituitur actio creditori.

Denn die Behauptung Rückerts[1]), daß »pro uno reo« mit „im Auftrag eines Reus" zu übersetzen sei, im Uebrigen aber die Frau für beide Rei intercedirt habe, ist einerseits sprachlich nicht zu rechtfertigen, andrerseits wird der, welcher im Auftrage von nur einem Correus intercedirt, auch wohl nur für diesen einen intercediren.

Bevor wir unsre Erklärung der Ler auseinandersetzen, möchten wir uns auf l. 29. de lib. leg. 34, 3, welche von den bisherigen Schriftstellern ganz übersehen worden ist, berufen; aus ihr scheint uns hervorzugehn, daß es Fälle giebt, in welchen die Novation auch bei der passiven Correalobligation nur eine Sonderobligation aufhebt. Sie lautet:

> Si is qui duos reos promittendi habet, damnaverit heredem

1) Zsch. f. C. u. Pr. N. F. 12, 20.

ut utrosque liberet, si alter ex his capere non possit nec socii sint, delegari debebit is, qui nihil capit, ei cui hoc commodum lege competit; cujus *petitione* utrumque accidit, ut et hoc commodum ad eum perveniat, et is qui capit liberetur.

Warum »*petitione* utrumque accidit«? Warum nicht stipulatione? Warum nicht wenigstens stipulatione vel petitione? Es soll eine Delegation vor sich gehn; dieselbe geschieht nun zwar durch Litiscontestation, allein hauptsächlich doch durch Stipulatio [1]), so sehr hauptsächlich, daß Ulpian in l. 11. §. 1. de nov. 46, 2. (fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litiscontestationem) die Stipulatio voranstellt, und daß Papinian in Vat. fragm. §. 263. unter interpositae delegationes nichts als Stipulationen versteht. Schon deshalb fällt es ungemein auf, daß Paulus in l. 29. cit. bloß von petitio spricht, und, wollen wir ihm nicht eine Ungenauigkeit vorwerfen, so hat er die Stipulatio absichtlich übergangen. Es giebt noch einen andren Umstand, der das Auffällige vermehrt; durch die Litiscontestatio nämlich mit dem unfähigen Legatar wird der fähige bloß civiliter frei [2]), naturaliter bleibt er verhaftet; durch eine Stipulatio würde er, vorausgesetzt daß diese stets auf alle Sonderobligationen bezogen würde, auch naturaliter zu verschulden aufhören. Erklärlich wird Paulus' Ausspruch erst dann, wenn man annimmt, daß in dem in l. 29. behandelten Falle die Stipulation nur die Sonderobligation des Promittenten ergriffen hätte, nicht auch die des andren (fähigen) Legatars.

So können wir uns zu l. 20. ad act. Vell. [3]) in der Hoffnung wenden, daß die Begründung der daselbst getroffnen Entscheidung nicht in der Novation, sondern anderweitig zu suchen ist. Der wahre Grund dieser Entscheidung ergiebt sich aus folgender Betrachtung. Wenn eine Frauensperson intercedirt hat, so kann zwar nach ausdrücklichen Zeugnissen der Quellen [4]) sofort nach der Intercession

1) Soll man denn bei jedem Schuldner voraussetzen, er wolle nicht zahlen und müsse verklagt werden?

2) Nach Justinianischem Recht wird er auch nicht civiliter frei; die l. 29 cit. ist also gleichfalls ein Zeugniß des vorjustinianischen Rechts. Uebrigens vgl. unten §. 33.

3) Wie unrichtig diese Ler von Stinzing (Kr. Vjsr. 1, 517) erklärt ist, hat Windscheid (ebend. 3, 174 f.) sehr gut gezeigt.

4) l. 24. §. 2. l. 13. §. 2. l. 32. §. 4. ad sct. vell. 16, 1.

der Gläubiger sich die act. restitutoria gegen den befreiten Schuldner erbitten; indeß scheint doch hiemit nicht sowohl der practische Rechtszustand ausgedrückt als vielmehr die zulässige Grenze formulirt zu sein; jene Stellen besagen nicht, daß der Regel nach der Gläubiger sofort nach der Intercession sich die act. rest. erbeten habe, sondern daß er sie habe erbeten können; wäre erstres Regel gewesen, so wäre wohl überhaupt jede Intercession mit einer Frau unterblieben; vielmehr müssen wir annehmen, daß der Gläubiger sich auf ein gewisses geschäftliches Anstandsgefühl der Frau verließ; er vertraute ihr, daß sie die exc. scti nicht vorschützen werde [1]), und erst wenn er sich in seiner Erwartung getäuscht sah (also wenn er den Proceß angestellt und die Frau die exc. scti opponirt), erbat er sich die act. restit.

Nunmehr stellt sich der Inhalt von l. 20 cit. ganz anders dar: der novirende Gläubiger hat gegen die Intercedentin eine Klage angestellt und mit ihr Lis contestirt; selbst wenn also durch die Intercession lediglich die Sonderobligatio des einen Correus novirt worden war, so ist doch jetzt durch die Litiscontestation (nach altem Recht) der andre Correus, dessen Sonderobligatio nicht novirt worden, civiliter befreit worden; daher muß auch die Klage gegen ihn, weil sie untergegangen, restituirt werden. Man kann vielleicht weiter gehn und behaupten, daß selbst, wo nicht Lis contestirt worden, die Intercession sowie die act. restitut. doch so behandelt wurde, als wenn Lis contestirt wäre; denn gab man die act. restit. sofort nach der Intercession (S. 323. N. 4.), so anticipirte man die Opponirung der exc. sct. Vell., die doch erst hätte abgewartet werden müssen; diese Anticipirung führte aber nothwendigerweise dahin, auch eine Litiscontestatio als geschehen anzunehmen [2]). — Ist diese Ausführung richtig, dann ist es recht erklärlich, daß in l. 20. eines Processes nicht gedacht wird; ihre Entscheidung ist aber immer nur aus der wahren oder fingirten Litiscontestation herzuleiten. Ist dem so, so bleibt das Zeugniß der l. 29. de lib. leg., und

1) Denn daß das Interceſſionsgeschäft ipse jure nichtig war, können wir nicht annehmen; vgl. Sintenis in Sells Jahrb. 2, 347 ff. Girtanner Bürgschaft S. 364. A. M. Fuhr im Arch. f. pr. R. W. 2, 69 ff.

2) Diese Ausführung gilt auch von l. 8. §. 11. ad sct. Vell. 16. 1, welche von der Activcorrealobligation handelt.

bleibt ferner die Analogie der Activcorrealobligation als Beweis dafür, daß auch bei der Passivcorrealobligation bloß eine Sonderobligatio novirt werden kann. Denjenigen aber, welche noch zweifeln, möchten wir einen Rechtsfall zur Entscheidung vorlegen. Gesetzt der gemeinsame Gläubiger heirathet eine Correa, und er novirt hierauf in der Absicht seiner Ehefrau zu schenken mit dem andren Correus die Correalobligation. Würde hier nicht ein Römischer Jurist — wie bei der Acceptilation in l. 5. §. 1. de don. i. v. et u. 24, 1. — geurtheilt haben, die Ehefrau bleibe trotzdem aus der alten Obligation obligirt, und nur der andre Correus sei davon befreit? So giebt es doch also wohl Fälle, wo die Novation nur Einen Correus befreit, und die Theorie der Sonderobligationen ist in diesem Rechtsfall um ein neues Argument bereichert. — —

Von einem doppelten Standpunkte aus wird man dieser Ausführung entgegentreten; man wird zunächst darauf hinweisen, daß, wenn bloß eine Sonderobligation novirt wird, die verschiednen Sonderobligationen einen so verschiedenartigen Inhalt erhalten können, daß sie sich unmöglich zu einer Gesammtobligation zusammenfügen; und man wird sich sodann auf die Hingabe an Zahlungsstatt berufen, welche (angeblich) in jeder Novation enthalten ist.

Was nun das erste Gegenargument anbetrifft, so braucht man nur an die Mora, Culpa, Pacta zu erinnern, um seine Unerheblichkeit darzulegen. Die Aenderungen, welche durch die letzten drei Ereignisse eine Sonderobligation erfahren kann, sind nicht unbedeutender, als die, welche die Novation in ihrem Gefolge hat. Wenn auch hierdurch die Correalobligation eine gewisse Mannigfaltigkeit erhält, so ist dies doch von Zerfahrenheit weit entfernt; ja diese Mannigfaltigkeit ist mit dem Begriff der Correalobligation von selbst gegeben; denn die Vielköpfigkeit des Rechtssubjects (das Gesammtrechtsverhältniß) beeinflußt den gewöhnlichen Typus der Rechtsbegriffe.

Das zweite Gegenargument aber ist sicherlich ein unrichtiges. Wir finden dagegen alles das einzuwenden, was wir bereits oben gegen die gewöhnliche Auffassung der Acceptilatio auseinandersetzten; die Novation ist die Wirkung eines Formalacts, und deshalb läßt sich der Begriff der datio in solutum darauf gar nicht anwenden.

Bereits ist dies von einem Theile der Schriftsteller zum Theil

zugegeben. Während nämlich Fitting, Brinz, Windscheid und Fritz [1]) die Novation durchgängig als Hingabe an Zahlungsstatt beurtheilen, schreibt Ribbentropp [2]): „die Novation läßt sich mit der Zahlung vergleichen; ... daß eine wahre Befriedigung stattfinde, kann natürlich nur bedingungsweise behauptet werden, indem es dabei sowohl auf das Verhältniß der neuen Forderung zur alten, als auf die Ansicht ankommt, von welcher die Contrahenten ausgingen". Und Savigny [3]): „die Novation kann aber auch auf bloß formelle Weise gebraucht werden, etwa um die Obligation erst in eine Stipulation umzuwandeln, und dann durch Acceptilation aufzuheben, vielleicht in der Absicht einer Schenkung; dann ist nicht mehr das Surrogat der Erfüllung in ihr wirksam, sondern der bloße Wille".

Allein dieses Zugeständniß kann, weil es nur theilweis ist, nicht genügen; von Bedeutung ist es jedoch insofern, als daraus hervorgeht, daß der aufgestellte Gesichtspunkt der datio in solutum kein erschöpfender noch allgemein durchgreifender, und, da die Quellen die Novation nicht unter verschiednen Gesichtspunkten betrachten, ein unrichtiger ist.

Wir müssen demnach wie bei der Darstellung der Acceptilation auf die allgemeine Natur jedes Formalacts zurückgehn, und können uns hierfür sogar auf einen Ausspruch Savignys berufen, welcher nach den soeben angeführten Worten also fortfährt: „daß nun die Römischen Juristen die unbedingt aufhebende Kraft der Novation annehmen, ohne diesen Unterschied zu beachten, das ist eine Folge

---

1) Fitting Corr. §. 9. Brinz kr. Bl. 4, 29. Windscheid kr. Vierteljahrsschrift 3, 169 f. Fritz Zschr. f. Civ. u. Pr. N. F. 19, 71.

2) Corr. S. 269. 270.

3) Obl. R. 1, 167. Samhaber Corr. S. 94. ist ihm beigetreten. Fitting dagegen (Corr. S. 55 f.) wendet ein, diesen Unterschied könne man allenfalls thatsächlich zugeben, vom juristischen Standpunkte aus aber sei er gleichgiltig; denn die Wirkung der Novation sei ohne Rücksicht auf die Absicht immer dieselbe. Diese Erwägung hätte Fitting zur richtigen Ansicht hinführen müssen, nämlich dahin, die Novation als reinen Formalact aufzufassen; denn wenn auf die Absicht nichts ankommt: wie kann sie dann datio in solutum sein? — Gegen die Auffassung der Novation als Hingabe an Zahlungsstatt ist auch Kuntze Obl. S. 190 f.

der streng formellen Natur der Novation". Also: die Römischen Juristen legen kein Gewicht auf die Causa der Novation, weil sie die Wirkung eines Formalacts ist. Das ist auch in der Natur des Formalacts begründet; seine Bedeutung liegt eben darin, daß die Parteien von der Causa abstrahirt wissen wollen; der Formalact wirkt immer als solcher, gleichviel, welches seine Causa ist [1]); die Causa ist nur mittelbar von Erheblichkeit, insofern sie eine doli exceptio, eine Klage auf Bereicherung [2]) erzeugen kann. Diese Grundsätze gelten denn auch bei der Novation; auch wenn gar keine Obligation existirt, welche novirt werden könnte, oder wenn die existirende wegen mangelnder Fähigkeit zur Novation nicht aufgehoben wird, entsteht dennoch die neue Obligation [3]), und erzeugt nur eine doli exceptio oder Bereicherungsklage. Eben weil die Novation durch einen Formalact geschieht, konnten die verschiedensten Causä ihr zu Grunde liegen. Schon Savigny hat einen Fall angeführt, wo die neue Obligation nur ein Scheindasein fristet, den nämlich, wenn die Novation bloß zu dem Zwecke geschieht, um die Obligation zur Acceptilation geeignet zu machen; denkt man sich in der neuen Obligation einen neuen geringren Gegenstand substituirt oder die alte Obligatio durch Mora, Culpa erweitert, so enthält die Novation die donandi causa; die Delegation und Expromission enthalten möglicherweise die solvendi oder donandi oder credendi causa [4]); aber wenn die Novation unter denselben Personen geschieht, kann man nicht von solvendi causa reden, mit viel größrem Recht von credendi causa, da die Hauptabsicht der Parteien die Begründung einer neuen Obligation, die Aufhebung der alten hingegen nur ein Nebenzweck ist [5]); oder man muß wenigstens zugeben,

1) S. oben S. 309 f.

2) Ebenso bei der Acceptilatio; s. l. 9. de praescr. verb. 19, 5; oben §. 27. S. 310 f.

3) l. 25. de v. o. 45, 1. l. 9. pr. l. 16. de nov. 46, 2.

4) Beispiel der credendi c. ist die l. 32. de r. c. 12, 1; der donandi c. z. B. l. 2. l. 21. l. 33. §. 3. de don. 39, 5. l. 41. de re jud. 42, 1. l. 7. de dol. m. exc. 44, 4. l. 18. §. 1. de don. m. c. 39, 6. Ueber die delegatio solvendi causa ist es wohl überflüßig Stellen anzuführen.

5) Daher die Worte Ulpians in l. 1. pr. de nov. 46, 2: ... quum ex praecedenti causa ita nova constituatur **ut** prior perimatur. Daher ferner die Rechtssätze der l. 25. de v. o. 45, 1. l. 9. pr. l. 16. de nov. 46, 2.

daß solvendi und credendi causa concurriren, und denkt man hinzu, daß ein geringrer Gegenstand substituirt wird oder daß die Erweiterungen, welche die alte Obligation durch Mora oder Culpa erfahren hat, in der neuen Obligation wegfallen, so erhält man sogar drei Causä (credendi, solvendi, donandi c.) als Grundlage einer einzigen Novationsstipulation. In welchen Irrsal geräth man! Man denke an das verwickeltere Verhältniß der Delegation: A will dem B schenken, B befiehlt ihm, seinem Gläubiger C, und C widerum dem D, mit welchem C ein Creditum eingehen will, zu promittiren; welche Causa soll hier entscheiden: die donandi, solvendi, credendi? Kurz, wenn nicht schon die Natur der Novationsstipulation uns berechtigte, von der Causa zu abstrahiren: die Noth der Verhältnisse würde uns dazu zwingen.

Oder legen etwa die Quellen auf die Causa der Novation Gewicht und beurtheilen sie danach die Wirksamkeit der Novationsstipulation? Nichts davon. Trotzdem doch die Römischen Juristen wegen des Beweises des animus novandi Gelegenheit genug hatten, auf die Causa der Novation einzugehn, sprechen sie vielmehr allgemein von *novandi* causa:

l. 35. de jure dot. 23, 3: Dotem a patre vel à quovis alio promissam si vir *novandi causa* stipuletur, coepit viri esse periculum, quum ante mulieris fuisset.

l. 8. §. 5. de nov. 46, 2 ... quod ego debeo, si alius promittat, liberare me potest, si *novationis causa* hoc fiat.

l. 14. pr. eod.: Quoties quod pure debetur *novandi causa* sub conditione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum quum conditio extiterit ... §. 1. Sed si quod sub conditione debetur pure quis *novandi causa* stipuletur, nec nunc quidem statim novat. ...

l. 32. eod.: Te hominem et[1]) Seium decem mihi dare oportet; stipulor ab altero *novandi causa* ita: quod te aut Seium dare oportet; utrumque novatur.

Diese novandi causa findet sich freilich in allen Fällen der Novation vor, auch in jenen verwickelten Fällen, von denen oben die Rede

1) Huschke liest mit Recht „aut" (Zsch. f. Civ. u. Pr. N. F. 2, 162 f.).

war, und wo mehrere Causä concurrirten. Nun wird zwar die Delegation eines Schuldners häufig der Solutio gleichgestellt [1]) oder ihr doch wenigstens verglichen [2]); allein es geschieht nur in dem Sinne, daß der Schuldner in Folge der Delegation wie durch Zahlung befreit wird; die Befreiung selbst aber beruht nicht etwa auf einer in solutum datio, sondern auf dem Formalact der Novationsstipulation; daher ist denn auch die alte Schuld getilgt, wenn die neue nicht entsteht:

> Gai. 3, 176: .. interventu novae personae nova nascitur obligatio, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur, veluti si quod mihi debes a Titio post mortem ejus vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero; quo casu rem amitto, nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est [3]).

Daher ferner ist der Delegans nicht schon dann befreit, wenn er den neuen Schuldner gestellt hat, sondern erst wenn die Stipulation abgeschlossen ist. Daher wirkt die Novation unbestritten ipso jure, während sie als datio in solutum nach Proculianischer Ansicht nur ope exceptionis die Obligation hätte aufheben können [4]). Endlich sagt l. 3. C. de nov. 8, 42. ausdrücklich, daß die Befreiung in der novirenden Stipulation ihren Grund habe:

> Quodsi delegatione facta *jure novationis* tu liberatus es, frustra vereris, ne eo, quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet, quum *per verborum*

---

1) Z. B. l. 8. §. 3. ad sct. vell. 16, 1.

2) Z. B. l. 187. de v. s. 50, 16. l. 18. de fid. 46, 1. l. 31. §. 1. de nov. 46, 2. (praesentim quum *eam* stipulationem similem esse solutioni existimemus; die *ea* stipulatio ist die Delegation); l. 18. §. 1. l. 31. §. 3. de don. m. c. 39, 6 l. 21. §. 1. de don. 39, 5. l. 26. §. 2. mand. 17, 1. l. 37. §. 4. de op. lib. 38, 1.

3) Die Streitfrage, ob die Obligation der Frau und des Pupillen nicht wenigstens naturaliter giltig ist, berührt uns hier nicht; selbst wenn sie es wäre, so würde es doch unerheblich sein, weil Gaius wenigstens kein Gewicht darauf legt; auch führt ja derselbe eine dritte Stipulation an, die selbst naturaliter null ist: „si a Titio *post mortem ejus* stipulatus fuero".

4) Gai. 3, 168.

obligationem voluntate novationis interposita debito liberatus sit.

Vgl. auch Gai. 3, 176: prima *novationis jure* tollitur. . . . Die bisherige Ausführung dürfte erwiesen haben, daß der Gesichtspunkt der Hingabe an Zahlungsstatt bei der Novatio durchaus nicht zutrifft. Ihre Wirkung hängt lediglich nach dem darin ausgesprochnen Willen ab.

Gehen wir nun zur Correalobligation über, so ist der Gesichtspunkt der Hingabe an Zahlungsstatt auch nicht einmal praktisch brauchbar [1]); denn wofür ist in solutum gegeben: für alle Sonderobligationen oder für eine einzige? Umsomehr also müssen wir hier auf den Willen der Parteien recurriren. Kraft seiner Sonderobligation ist der Correalgläubiger befugt, über das ganze Rechtsverhältniß zu verfügen, und er wird von diesem Rechte Gebrauch machen, sobald sein Interesse es erheischt. Denn wenn der gemeinsame Schuldner dem einen Correalgläubiger einen andren Schuldner stellt, so will er nicht bloß von diesem, sondern von Allen frei werden; und wenn ein Correalgläubiger den gemeinsamen Schuldner seinem Gläubiger delegirt, so will er offenbar diesen zum alleinigen Gläubiger machen und seine bisherigen Genossen ausschließen, da sonst der Schuldner noch an letztre Zahlung leisten durfte. Solcher Art sind die Fälle, welche Venulejus in l. 31. §. 1. de nov. anführt. Wo die Fälle nicht derartig gestaltet sind, da ergreift die Novation nur eine einzige Sonderobligation. Dies wird der Fall sein, wenn die Novation bloß deshalb geschieht, um aus der bonaefideiobligatio eine Forderung auf pecunia credita zu machen; oder, wenn die Novation aus irgend welchen Rechtssätzen nicht auf die ganze Obligation bezogen werden darf; so in l. 33. §. 1. de stip. serv., indem hier der novirende Sclave jedem Correus nur ex re ejus erwerben, d. h. bloß einen Ersatz für die Sonderobligatio schaffen darf, so in dem oben S. 325. proponirten Rechtsfall, wo

1) Von den Schriftstellern hat allein Kuntze diesen Gesichtspunkt aufgegeben; er stellt dafür den „Solutionscharakter" der Novation in den Vordergrund (Obl. S. 179. 190); von welchem Werth aber derselbe ist, ist bereits oben §. 27. S. 315 f. ausgeführt.

die Novation die Sonderobligation der Frau wegen des Verbots der Schenkungen unter Ehegatten nicht ergreifen kann.

Daß nun aber in den obgedachten Fällen die Novation alle Sonderobligationen ergreift, scheint erst das Product einer spätren Rechtsbildung zu sein. Es läßt sich dies aus den Quellen erweisen. Denn daß durch Solutio und Acceptilatio tota res solvitur, und daß durch Litiscontestatio tota res in judicium deducitur, ist ein bei allen Juristen feststehender Rechtssatz [1]); allein daß durch Novatio alle Sonderobligationen aufgehoben werden können, sucht noch Venulejus in l. 31. §. 1. de nov. in ausführlicher Deduction zu zeigen. Dabei lehnt er die Novatio an die Solutio (die wahre und die imaginäre: Acceptilatio) sowie an die Litiscontestatio an, zieht daraus den Schluß, daß jeder Correus über die ganze Obligation verfügen könne (ex quibus colligitur u. s. w.), und hebt endlich das Interesse der novirenden Parteien hervor, welches eine Gleichstellung der Novation mit jenen Acten erheischt und in dem Willen der novirenden Parteien seinen Ausdruck findet. Keine andre Stelle (— nachdem wir in l. 33. §. 1. de stip. serv. 45, 3. bloß die Novation einer Sonderobligation gefunden, nachdem wir ferner die Entscheidungen der l. 8. §. 11. und l. 20. ad sct. Vell. 16, 1. auf Litiscontestatio gestützt, nachdem wir endlich den Grund für die Uebergehung der Stipulation in l. 29. de lib. leg. 34, 3. dareingesetzt haben, daß sie bloß die Novation einer Sonderobligation zur Folge gehabt hätte —) gestattet einem Correus die ganze Obligation zu noviren; wir würden sicherlich mehr Quellenzeugnisse dafür besitzen, wenn der Grundsatz schon dem ältren Recht angehörte. — —

Werfen wir zum Schluß einen Blick auf die Solidarobligationen, so folgt aus unsrer Ansicht, daß die Novation einer von ihnen unmöglich auf die übrigen von Einfluß sein kann. Gegenüber den Bekennern der Ansicht, wonach die Novation eine Hingabe an Zahlungsstatt enthält, hatte Fitting [2]) freilich Recht von Inconsequenz zu sprechen; diese erklären bei den Solidarobligationen die Novatio

1) Wenn es auch in l. 31. §. 1. heißt: *fere* convenit! Dies bezieht sich offenbar auf ältre Juristen.

2) Corr. S. 56.

des Einen insoweit für Alle für wirksam, als der Betrag der neuen Obligation mit dem der früheren übereinkommt, weil nur insoweit eine Befriedigung des Gläubigers vorliegt, während sie bei der Correalobligation keinen solchen Unterschied machen[1]). Wir sehen in der Novation keine Befriedigung, sondern eine Umschaffung. Nun kann ein Solidargläubiger nicht allein umschaffen, da er auch nicht allein Zahlung in Empfang nehmen kann. Novirt aber der Gläubiger mehrerer Solidarschuldner mit einem derselben oder mit einem von ihm gestellten Delegatus, so berührt dies die übrigen Solidarschuldner nicht, da deren Obligationen nicht mit der Obligation des Novirenden in solchem Zusammenhange stehen, wie die Sonderobligationen der Correalschuldner. Man wird einwenden, daß der Gläubiger mehrerer Solidarschuldner unbedingt den einen von ihnen oder einen Delegatus so als Schuldner bei der Novation annehmen könne, daß die übrigen Solidarschuldner befreit werden. Gewiß; allein dies ist nur dann wahr, wenn der neue Promissor als Stellvertreter (Expromissor) Aller auftritt, und dies in der Novationsformel ausgedrückt wird; bei der Novation einer Correalobligation werden möglicherweise (nämlich wenn der Wille darauf gerichtet ist), selbst dann Alle frei, wenn in der Formel blos der Person des einen Correalschuldners gedacht ist; bei der Novation einer Solidarobligation nur dann, wenn in der Formel alle Solidarschuldner aufgeführt sind.

Das Resultat der Untersuchung ist demnach einerseits die Bestätigung des Gegensatzes von Correal- und Solidarobligationen, andrerseits (innerhalb der Correalobligation) die Bestätigung der Sonderobligationen.

Von der Bedeutung der Novation im heutigen Recht wird in §. 35. gehandelt werden. — —

Es ist bereits oben darauf aufmerksam gemacht, daß der Novatio der contrarius consensus und die Cession gleichstehen, weil sie wie jene eine Verfügung über die Obligation Seitens der Parteien enthalten. Man kann aber wohl auch die restitutio in integrum als eine Verfügung des Prätor über die Obligation bezeichnen;

1) Ribbentropp Corr. S. 271 f. Vangerow Pand. 3, 109. Vgl. auch Savigny Obl. R. 1, 202.

vermöge seines magistratualischen Imperium hebt er Bestehendes auf und stellt Untergegangnes her; das ist aber Verfügung über ein Rechtsverhältniß. Und deshalb kann auch die Restitution bald alle Sonderobligationen, bald nur eine einzige berühren; bei der Restitution gegen eine active Correalobligation wird das erstre, bei der eines Correalschuldners das letztre die Regel sein; doch lassen sich nach beiden Richtungen hin Ausnahmen denken: von erstrem dann, wenn sich unter den Correalgläubigern Personen befinden, gegen welche nicht restituirt wird (z. B. Eltern[1]); von letztrem dann, wenn bei einem gegenseitigen Vertrag der gemeinsame Gläubiger nachweist, daß der Restitutionssuchende der sicherste von den Correalschuldnern sei und erklärt, daß er, nachdem dieser weggefallen, ganz vom Geschäft zurücktreten wolle. — Die Quellen behandeln den Fall der Restitution nicht; denn wenn — worauf Savigny[2]) sich beruft — nach l. 48. pr. de min. 4, 4. die Restitution des minderjährigen Bürgen dem Hauptschuldner nichts nützt, so ist dies u. E. nicht beweisend, weil der Bürge kein Correus ist. Man wird indeß hoffentlich einräumen, daß die oben entwickelten Grundsätze den Verhältnissen entsprechen.

b) Durch Ereignisse.

α) §. 29. Untergang des Gegenstandes, Verwirkung, concursus duarum lucr. caut., Capitis deminutio.

Von der Aufhebung der Correalobligation durch Handlungen der Correi wenden wir uns zu der durch Ereignisse. Sind die in §. 19. entwickelten Grundsätze richtig, so wird durch das Ereigniß stets nur die einzelne Sonderobligation betroffen, und da kein Grund vorhanden ist, weshalb die Aufhebung derselben auf die andren Sonderobligationen zurückwirken sollte, so bleiben diese bestehen.

1) Oder muß etwa die Restitution hier verweigert werden, weil ja doch von dem Restitutionssuchenden der Schaden nicht abgewendet werden kann? Unsres Erachtens muß sie ertheilt werden; denn nunmehr hat es der Restitutionssuchende bloß mit seinen Eltern zu thun; es ist aber leichter von einem Gläubiger frei zu kommen als von mehreren.

2) Obl. R. 1, 195.

Hier, wie bei den in §§. 24. 25. dargestellten juristischen Thatsachen, zeigt es sich vor Allem, daß die Gesammtobligation ein bloßes Durchgangsstadium zu den mehreren Sonderobligationen in solidum ist.

Freilich giebt es manche Ereignisse, bei welchen unsre Behauptung nicht erwiesen werden kann, weil dieselben alle Sonderobligationen gleichmäßig und im selben Augenblick treffen, z. B. wenn der geschuldete Gegenstand durch reinen Casus untergeht, oder wenn der gemeinsame Gläubiger die aus einer causa lucrativa zu fordernde Species aus einer andren causa lucrativa erwirbt, oder seine Forderung verwirkt oder eine Capitis deminutio erleidet. Hier muß es genügen, daß unsre Behauptung, wenn auch nicht erwiesen, so doch auch nicht widerlegt werden kann. Bei andren Ereignissen aber, welche nicht jene Natur haben, läßt sich unsre Behauptung beweisen. Der Beweis läßt sich zuweilen nur durch Schlußfolgerungen, zuweilen aber (nämlich bei Capitis deminutio und Confusio) durch ausdrückliche Quellenzeugnisse führen. Diejenigen Fälle, wo wir uns nicht auf die Quellen berufen können, werden namentlich durch Culpa und Mora eines Correalschuldners begründet. Vernichtet ein Correalschuldner die versprochne Sache, so ist dies für den andren Correus ein Zufall, er wird befreit, während der Delinquent seine Sonderobligatio perpetuirt; geräth der eine Correalschuldner in Mora und geht hierauf die Sache durch Casus unter, so bleibt der Morose verhaftet, während der Andre befreit wird; denn unicuique sua mora nocet. Aber auch solche Ereignisse, welche keine Widerrechtlichkeiten in sich schließen, betreffen einzelne Sonderobligationen, z. B. wenn der Eine Correalgläubiger die ex lucrativa causa geschuldete Sache anderweitig ex lucrativa causa erwirbt.

Die beiden Fälle, welche durch Quellenzeugnisse erweisbar sind, werden durch Capitis deminutio des Schuldners und Confusion zwischen Correalgläubiger und Schuldner oder zwischen Correalschuldner und Gläubiger erzeugt. Ueber das erstre dieser beiden Ereignisse können wir einfach auf die Quellen verweisen, da es zu Controversen keinen Anlaß gegeben hat[1]); eine um so eingehendre Behandlung verlangt die Confusion.

1) l. 19. de d. r. 45, 2.

β) §. 30. Confusion. Confusion im Allgemeinen.

Die Wirkung der Confusion ruht auf dem Satz, daß, wenn das Rechtssubject oder das Rechtsobject vollständig untergegangen ist, das Recht selbst aufhört. Aus diesem Satz erklärt sich einerseits die im Allgemeinen aufhebende Kraft der Confusion, erklärt sich andrerseits, bei der Correalobligation, daß nur die Sonderobligation des verstorbnen Gläubigers resp. Schuldners untergeht, während alle übrigen Sonderobligationen bestehen bleiben.

In den dinglichen Rechten ist der Satz längst anerkannt; man lehrt, das Eigenthum gehe unter mit dem Untergange der Sache, der Ususfructus mit dem Tode der Person. Im Erbrecht hingegen, wo freilich nur selten Anwendung für jenen Satz sein kann, finden wir ihn selbst da nicht in Erinnerung gebracht wo er es mußte; denn wenn Ulpian [1]) lehrt, daß der Filiusfamilias deshalb nicht testiren dürfe „quia nihil suum habet, ut testari de eo possit", und Julian in l. 28. de vulg. et pup. subst. 28, 6, daß der Haussohn deshalb keine Erbschaft hinterlasse „quia non efficitur per legem Corneliam ut is, qui nulla bona in civitate reliquit, heredes habeat" [2]); wenn endlich Gaius in l. 8. §. 4. qui t. f. p. 28, 1. schreibt, daß die ad ferrum, ad bestias, in metallum Verurtheilten ihre Testamentifactio verlieren, weil ihre Güter verkauft werden, so werden diese Stellen von Mühlenbruch, Puchta gar nicht erwähnt, nur bei Arndts [3]) fanden wir die erste, bei Kierulff [4]) die letzte citirt. Endlich im Obligationenrecht vermissen wir in den Lehrbüchern jenen Satz gleichfalls; denn die Regel „casus a nemine praestantur" ist damit gewiß nicht identisch (— sie bezieht sich nur auf den Untergang des mittelbaren, nicht aber des unmittelbaren Rechtsobjects, daher sie außer Anwendung bleibt, wenn Mora concurrirt —), und wenn man von gewissen Klagen (den act. popul., vind. spirant.) lehrt, daß sie auf die Erben nicht übergehen,

1) Fragm. 20, 10.

2) Daß hier bona Activvermögen bedeutet, folgt daraus, daß ja der Filius Schulden haben kann; zwar hebt die Capitis deminutio des gefangnen Sohnes dessen Schulden auf, diese Rechtsregel wird aber hinsichtlich der Beerbung durch die lex Cornelia unschädlich gemacht.

3) Pand. §. 469.

4) Civilrecht S. 114. N. *.

so bleibt der Grund des Nichtüberganges, der eben in jenem Satze liegt, dahingestellt. — Und doch erkennen die Römischen Juristen jenen Satz in einem sehr bedeutenden Umfange an; zum Beweise dienen folgende zwei Leges:

l. 11. de fidej. 46, 1: Qui contra sctum filiofamilias crediderit, mortuo eo fidejussorem a patre accipere non potest, quia neque civilem neque honorariam adversus patrem actionem habet, nec est ulla hereditas, cujus nomine fidejussores possint obligari.

l. 57. pr. de evict. 21, 2: Habere licere rem videtur emtori et si is, qui emtorem in evictione rei vicerit, ante ablatam vel abductam rem sine successore decesserit, ita ut neque ad fiscum bona pervenire possint, neque privatim a creditoribus distrahi; tunc enim nulla competit emtori ex stipulatu actio, quia rem habere ei licet.

Nach l. 11. cit. kann nach dem Tode des Hausſohnes, welcher ein Darlehn aufgenommen, dem Gläubiger kein Bürge bestellt werden; denn, führt der Jurist aus, es fehlt an jedem Schuldner: weder ist der Vater für den Sohn verpflichtet, noch hat der Hausſohn eine Hereditas hinterlassen; mit andren Worten: da es an allem (persönlichem oder sächlichem) Rechtsobject fehlt, so ist das Recht selbst untergegangen. Es verdient hervorgehoben zu werden, daß die Existenz der Hereditas abgeleugnet wird, trotzdem Schulden vorhanden sind; sie wäre nur dann vorhanden, wenn außer den Schulden noch Activa existirten, — wenn auch darauf nichts ankommt, daß letztre von erstren überwogen werden [1]).

Nach l. 57. cit. kann der Käufer, wenn der Evincent vor der Executionsvollstreckung ohne Successor [2]) und ohne Schulden [3]) zu

---

1) l. 119. l. 208. de verb. sing. 50, 16. l. 3. pr. §. 1. de bon. poss. 37, 1. l. 50. pr. de her. pet. 5, 3.

2) Daher die Worte: Et sine successore decesserit, ut neque ad fiscum pervenire bona possint. Die Ansicht, daß der Fiscus Universalsuccessor wird zwar von Vielen bestritten, indeß hat sie entschieden die besten Argumente für sich; vgl. Vangerow §. 564, woselbst auch die Literatur angegeben ist; hinzuzufügen ist Brinz Pand. §. 225. S. 972.

3) Daher „neque privatim a creditoribus distrahi". Möglich, daß der Jurist hiebei an den bonorum emtor, also an den Mangel eines Universal-

hinterlassen gestorben ist, keinen Regreßanspruch an den Verkäufer machen; denn, führt der Jurist aus, es bleibt dem Käufer das rem habere licere, weil es an jedem Gläubiger fehlt. Es verdient hervorgehoben zu werden, daß der Jurist keine Hereditas annimmt, trotzdem Activvermögen vorhanden ist; sie wäre nur dann vorhanden, wenn zugleich Schulden existirten.

Aus diesen Leges lassen sich aber zwei Regeln abstrahiren, die eine den Untergang der Forderungen, die andre den der Schulden betreffend:

1) Jede Forderung geht beim Tode des Gläubigers unter, wenn kein Universalsuccessor an seine Stelle tritt, und wenn er außerdem (zwar Activa aber) keine Schulden hinterlassen hat.

2) Jede Schuld geht beim Tode des Schuldners unter, wenn kein Universalsuccessor an seine Stelle tritt, und wenn er außerdem keine Activa hinterlassen hat[1]).

Die Behauptung ad 2. möchte man vielleicht angreifen unter Berufung auf l. 95. §. 1. i. f. de sol. 46, 3:

> tenebatur (fidejussor), si debitor sine herede decessisset

und auf l. 1. §. 14. dep. 16, 3:

> Plane si fidejussisti pro eo, Labeo omnino fidejussorem teneri ait, ... quid enim si fureret is, apud quem depositum sit ... vel neque heres neque bonorum possessor neque successor ejus exstaret? Tenebitur ergo ...

Denn beide Stellen sprechen eine Verhaftung des Bürgen aus, wenn der Schuldner ohne Successor gestorben ist, und unterscheiden dabei nicht, ob er Activa hinterlassen oder nicht; daraus folgt, daß auch, wenn er keine Activa hinterläßt, der Bürge für ihn eintreten muß, und ferner, daß, da der Bürge bloß accessorischer Schuldner ist, eine Hauptschuld in jenem Falle bestehen muß. Vergessen wir indeß nicht, daß es sich hier um einen Bürgen handelt, d. h. um einen solchen Schuldner, der gerade für den Fall der Insolvenz des

---

successor gedacht hat; doch ist ja die bon. vend. nur eine Folge davon, daß Schulden vorhanden sind; und für das heutige Recht ist dieser Umstand der allein entscheidende, weil die bon. vend. nicht mehr practisch ist.

1) Der Regel ad 2. stimmt Sintenis Civilr. II, 461. zu; die Regel ad 1 erwähnt er nicht.

Hauptschuldners eintreten soll; wir werden behaupten dürfen, daß man in diesem Falle den Accessionscharacter der Bürgschaftsschuld fahren ließ[1]).

Unsre beiden Regeln bleiben demnach unangefochten, und wir betonen ihre Quellenmäßigkeit umsomehr, als gegen sie bereits früher von einem unsrer scharfsinnigsten Juristen Widerspruch erhoben worden ist. Jhering[2]) nämlich untersucht, wie lange die Persönlichkeit des Erblassers fortdauert, wenn kein Universalsuccessor eintritt. Auf Grund seiner Ansicht, wonach diese Fortdauer ein Postulat des Erbrechts und des Vermögensrechts ist[3]), statuirt er die Fortdauer, wenn Gläubiger vorhanden sind, — also ohne Rücksicht darauf, ob Activvermögen hinterlassen ist oder nicht: „in alle Ewigkeit (dauert sie, wenn Gläubiger vorhanden sind, fort), denn wenn auch der Nachlaß in Form Rechtens unter die Gläubiger vertheilt wird, und nur die geringste Forderung nicht realisirt ist, so dauert letztre ja nach wie vor fort, da die Existenz einer Forderung nicht durch ihre factische Realisirbarkeit bedingt ist. Auch wenn der Nachlaß bloß aus Passivis besteht, muß man dasselbe behaupten. Das ist aber eine Consequenz, mit der freilich nichts gewonnen ist, zu der wir uns aber verstehen müssen, weil es eine Consequenz ist".

Man muß sich u. E. nicht zu ihr verstehen und braucht sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, eine Consequenz gezogen zu haben, mit welcher nichts gewonnen ist. Jhering hat das Moment außer Rücksicht gelassen, welches oben an die Spitze gestellt wurde. Die Persönlichkeit des Erblassers dauert nicht fort, wenn bloß Passiva hinterlassen sind, es fehlt hier an jedem Rechtsobject und die Obligatio ist deshalb untergegangen. Deshalb würde auch Jhering die Entscheidung der l. 11. cit.[4]) nicht begründen können. Freilich wer, wie Jhering, in der Fortdauer der Persönlichkeit des Erblassers

1) Viel weiter geht Girtanner Bürgschaft S. 79—89. 495—514, der bloß für die Entstehung der Bürgschaft eine Hauptschuld verlangt, nach der Entstehung aber sie ganz unabhängig von der Hauptschuld hinstellt.

2) Abhandlungen S. 245.

3) a. a. O. S. 151 ff.

4) Bekannt war ihm die Ler, er citirt sie S. 189. N. 1.

nur eine theoretische Handhabe, ein Postulat des Erb- und Vermögensrechts, und nicht eine bloße Folgerung aus dem Begriff der Persönlichkeit und der Obligation sieht[1]), mußte zu jener Consequenz unbestreitbar gelangen.

„Also (fährt Jhering fort) die Persönlichkeit des Erblassers dauert, auch wenn kein Nachfolger eintritt, der Gläubiger wegen fort. Allein wie verhält es sich mit ihr, wenn auch keine Gläubiger vorhanden sind? In dem Fall geht sie unter, denn ihre Fortdauer ist ja nicht Selbstzweck, sondern nur ein Mittel, das Interesse des Vermögens- und Erbrechts zu befriedigen; sobald also kein solches Interesse existirt, fällt sie in sich zusammen, die Forderungen gehen unter, die Sachen werden res nullius".

Im Resultat stimmen wir hier mit Jhering überein, nicht aber in der Begründung. Nicht weil in diesem Falle kein Interesse des Vermögens- und Erbrechts zu befriedigen war, sondern weil mit dem Tode die leibliche Persönlichkeit aufhört, das Vermögen aber nur solange der Occupation entzogen ist, als es obligirt ist (als Gläubiger vorhanden sind), geht die Forderung des Verstorbnen unter, — eben weil kein Rechtssubject (weder ein persönliches noch ein sachliches) existirt. Wenn Jhering trotz seines verschiednen Ausgangspunktes zu demselben Resultat kommt, so hat das darin seinen Grund, daß er das „Mittel" nach Erreichung des „Zwecks" bei Seite wirft — ein Verfahren, das zwar practisch ist, theoretisch aber zu begründeten Bedenken Anlaß giebt. —

Wir sind jetzt an den Punkt angelangt, von wo aus wir die Folgen der Confusion mit Sicherheit ermitteln können. Doch schicken wir noch eine Bemerkung voraus, betreffend die Stellung des Erben nach Erwerb der Erbschaft.

Bekanntlich giebt es in dieser Beziehung zwei Theorien: Die Einen behaupten, daß der Erbe zwei Vermögen habe, sein eignes und das ererbte, daß beide Vermögensmassen getrennt von einander bestehen, daß die juristische Persönlichkeit des Erblassers in der Person des Erben als fortdauernd fingirt werde; m. a. W. auch nach Erwerb der Erbschaft dauert die Hereditas fort. Die Andren

1) Darüber wollen wir an einem andren Orte handeln.

meinen, das Vermögen des Erben bleibe trotz des Erwerbs der Erbschaft das einige, und es erhalte nur durch den Erwerb einen Zuwachs; m. a. W. die Hereditas geht durch den Erwerb der Erbschaft unter. Wir schließen uns ohne Zögern der letztern Ansicht an. Zwar können wir nicht zu deren Begründung neue Argumente anführen, auch werden wir Namen wie Puchta und Scheurl (die Vertreter der ersten Ansicht) stets nur mit größter Hochachtung und Verehrung nennen. Nichtsdestoweniger scheint die erste Ansicht uns so sehr aller natürlichen Anschauung und den Quellen zuwider, daß uns selbst die ironischen Aeußerungen von Jhering und Fitting begründet erscheinen [1]).

Fast können wir uns die Anwendung dieser Bemerkung auf die vorliegende Frage ersparen.

Wenn nämlich ein Gläubiger seinen Schuldner beerbt, so ist mit dem Erbschaftsantritt die Hereditas des Schuldners untergegangen, weil es gar kein Activvermögen desselben mehr giebt; die Fortdauer der Schuld hängt davon ab, ob sie auf den Gläubiger übergegangen ist. Ebenso ist, wenn ein Schuldner seinen Gläubiger beerbt, die Hereditas des Gläubigers untergegangen, weil sie in das Vermögen des Schuldners übergegangen ist [2]); die Fortdauer der Forderung hängt also davon ab, ob diese auf den Schuldner übergegangen ist.

Die Frage nun aber: kann ein Gläubiger in die Schuld, ein Schuldner in die Forderung succediren? ist entschieden zu verneinen; die Succession würde etwas Unmögliches bewirken; sie würde bewirken, daß Jemand Gläubiger und Schuldner

---

1) Jhering sagt in seinen und Gerbers Jahrb. Bd. 2. S. 162, daß diese Ansicht zu einem Einschachtlungssystem führt, bei dem bis auf Adam zurück ein Erblasser in dem anderen steckt. Fitting (Correalobl. S. 123. N. 151) macht zu dem Ausspruch Girtanners, man müßte bei Fittings Erklärung der Confusion die Fortdauer der Persönlichkeit des Erblassers nach Erwerb der Erbschaft aufgeben, die Bemerkung: „Als ob dies ein Unglück wäre". Auch hält er es (a. a. O. S. 102) nur für „billig", daß man die Puchta-Scheurlsche Ansicht verwerfe.

2) Auch die Schulden des Gläubigers sind auf den Erben übergegangen, daher postulirt die Existenz von Schulden nicht die Fortdauer der Hereditas.

zugleich sei; da dies undenkbar, so erfolgt keine Successio; deshalb geht die Schuld unter (weil keine Hereditas des Schuldners und kein Successor in die Schuld vorhanden ist, es also an jedem Rechtsobject fehlt), deshalb die Forderung (weil keine Hereditas des Gläubigers und kein Successor in die Forderung vorhanden ist, es also an jedem Rechtssubject fehlt).

Daß nun eine solche Succession unmöglich, giebt im Grunde genommen die herrschende Ansicht zu; sie erklärt, durch Confusion gehe die Obligation unter, weil Niemand Gläubiger und Schuldner zugleich sein kann[1]); folgt daraus nicht auch, daß er es nicht werden könne, d. h. daß er nicht in Schuld resp. Forderung succediren könne? — Es steht uns aber auch ein unmittelbares Quellenzeugniß zur Seite:

> l. 13. pr. de leg. II. (31): Qui duos reos ejusdem pecuniae habuit, Titium atque Maevium, ita legavit: quod mihi Titius debet, Maevio heres meus dato; quod Maevius debet, Sejo dato. His verbis onerat heredem, nam quum actiones suas heres Maevio praestiterit adversus Titium, videtur Maevius facto ejus liberatus esse, et idcirco Sejo heres tenebitur.

Dem Mävius werden nur die Klagen gegen Titius, nicht die gegen ihn selbst cedirt: aus welchem Grunde anders, als weil die Cession einer Klage gegen den Schuldner an den Schuldner selbst unmöglich ist? Deshalb konnte es auch zweifelhaft sein, ob nicht der Erbe noch seine Klagen gegen Mävius an Sejus cediren könne, und ob Sejus nicht lediglich diese Cession verlangen dürfe; einen Zweifel, den der Jurist in den Schlußworten (videtur Maevius liberatus esse) beseitigt, weil sonst der Wille des Testator nicht erfüllt würde. Ist nun aber selbst die Cession der Forderungsklage an den Schuldner unmöglich: um wie viel mehr muß dies von der Succession des Schuldners in die Forderung, des Gläubigers in die Schuld gelten!

---

1) Mühlenbruch §. 475. Göschen §. 461. Puchta §. 300. Arndts §. 273. Sintenis II, 463 f. Fitting Corr. S. 122. Ueber die Ansicht von Vangerow s. S. 342. N. 1.

Jetzt können wir uns für die Richtigkeit unsrer ganzen Deduction auf l. 38. §. 1. de fid. 46, 1. berufen:

> A Titio, qui mihi ex testamento sub conditione decem debuit, fidejussorem accepi et ei heres exstiti; deinde conditio legati exstitit, quaero an fidejussor mihi teneatur. Respondi, si ei, a quo tibi erat sub conditione legatum, quum ab eo fidejussorem accepisses, heres exstiteris, non poteris habere fidejussorem obligatum, *quia nec reus est, pro quo debeat, sed nec res ulla, quae possit deberi.*

Es fehlt, sagt Marcellus, nach dem Erbschaftsantritt jedes Rechtsobject: das persönliche (quia nec reus est), wie das sachliche (sed nec res ulla); das persönliche, weil der Schuldner gestorben und der Gläubiger in die Schuld nicht succedirt ist; das sachliche, weil mit dem Erbschaftsantritt die Hereditas untergegangen ist.

Es ist der Grundfehler der herrschenden Ansicht, daß sie eine Succession des Gläubigers in die Schuld für möglich hält. Wie sie theoretisch unhaltbar ist, so ist sie practisch unbrauchbar; denn bereits hat sich unter ihren Anhängern ein Zwiespalt erhoben. Während nämlich die Meisten dieser angeblichen Succession einen rechtlichen Einfluß auf die Obligation zuschreiben, indem sie die Obligation für aufgehoben erklären, behauptet Vangerow [1]), daß in Folge jener Succession die Obligation nur thatsächlich nicht ausgeübt werden könne, indem Niemand an sich selbst Zahlung leisten könne. Eines wie das Andre ist gleich verwerflich.

Ehe wir zur Kritik der übrigen Theorien über Confusion uns wenden, wollen wir uns zur Unterstützung unsrer Ansicht noch auf l. 59. pr. ad sct. Treb. 36, 1. berufen, jene Lex, in welcher die

---

1) Der Casus der Glosse zu l. 83. §. 6. de verb. obl. 45, 1. scheint derselben Ansicht wie Vangerow zu sein; es heißt daselbst zu den Worten si vero: sed ponamus quod dominus illius rei mihi promissae me instituat heredem, sed tamen illam rem a me legavit alteri, et sic non est apud me remansura. Certe hoc casu non evanescit stipulatio; et intellige quando sum institutus in parte heres, *quia si in totum, non est contra quem agere possum*, bene advertendo ad literam, aliter enim textus stare non posset *caderet enim casus in impossibilitatem.*

berüchtigte naturalis obligatio quae *propter pignus* remanet zu Tage gefördert ist. Sie lautet:

> Debitor sub pignore creditorem heredem instituit, eumque rogavit, restituere hereditatem filiae suae, id est testatoris. Quum nollet adire ut suspectam, coactus jussu Praetoris adiit et restituit. Quum emtorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi jure dominii id possidere. Respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est, videamus autem ne et pignus liberatum sublata naturali obligatione. Atquin sive possidet creditor, actor idemque heres rem, sive non possidet, videamus de effectu rei. Et si possidet, nulla actione e fideicommissario conveniri potest, neque pigneraticia quoniam hereditaria est actio, neque fideicommissum quasi minus restituerit recte petetur, quod eveniret si nullum pignus intercessisset, possidet enim eam rem quasi creditor. Sed etsi fideicommissarius eam rem teneat, et hic Serviana actio tenebit; verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, quum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio sed etiam petitio pignoris nomine competit, et solutum non repetetur; remanet ergo propter pignus naturalis obligatio...

Also: ein Pfandschuldner hat den Gläubiger zum Erben eingesetzt, und ihm zugleich die Restitution der Erbschaft auferlegt; auf Befehl des Prätor tritt der Gläubiger an; Paulus entscheidet, daß propter pignus eine naturalis obligatio zurückgeblieben sei, und daß daher der Gläubiger gegenüber dem Fideicommissar zu schützen sei, mag er das Pfand besitzen oder nicht. — Wie vieles ist von dieser Lex gesagt worden! „die Forderung ist auf den Boden des Pfandrechts zu stehen gekommen, meint Brinz [1]), besteht, wie wir lieber sagen möchten, nur mehr im Pfandrecht". Wir dürfen dies nicht sagen, denn was ist hiermit gewonnen? „Paulus entscheidet

---

1) Pand. S. 293. Dasselbe lehrt, wenn auch mit andren Worten, Schwanert Naturalobligationen S. 404 f.; er meint, eigentlich sei die Obligation durch die Confusion untergegangen; weil aber das Pfand fortbestehe, so dauere auch die Obligation fort. Allein man frägt: weshalb besteht das Pfand fort? darauf antwortet Schwanert nicht.

sich, meint Fitting[1]), unter dem Einfluß von Billigkeitsrücksichten dafür, das Pfandrecht als fortbestehend anzuerkennen, weil ja, wie er argumentirend aus der Formula der Pfandklage meint[2]), die Schuld eben doch nicht bezahlt sei; wegen des Pfandrechts bleibt denn also im gegebnen Fall auch eine naturalis obligatio bestehen". Also übersieht Fitting, was Keller so sehr gegen Bachofen betonte, daß nämlich hinter der Formula stets ein juristischer Gedanke verborgen, ja daß er in ihr niedergelegt sei[3])! Girtanner[4]) endlich (getreu seiner Theorie, wonach bei Beerbung von Gläubiger und Schuldner der Erbe als Vertreter der Erbschaft alle Forderungen derselben beitreiben müsse — auch von sich selbst, und ihre Schulden tilgen müsse — auch an sich selbst) behauptet, das in dem Falle der l. 59. der Fiduciar nur zum Zwecke der Restitution als Vertreter der Erbschaft zu betrachten sei, daß er also nicht verpflichtet sei, aus der Erbschaft an sich selbst Zahlung zu leisten, und daß deshalb Forderung und Pfand unversehrt bleiben. Bereits hat Fitting[5]) ihm erwiedert, daß der Gedankengang von Paulus ein ganz andrer ist, daß ferner Paulus die Obligatio bloß als naturalis fortbestehen läßt, während sie von Girtanners Standpunkt aus ganz unverändert, d. h. als klagbare fortbestehen müßte,

---

1) Corr. S. 110. 116. 128. Auf die Billigkeit stützt sich auch Savigny Obl. R. 1, 79 f. und System 5, 393. N. q; auf die Worte der hypothecarischen Formel Büchel Civilrechtl. Erörtr. (2. Aufl.) Bd. 1. S. 58 f.

2) S. 117 a. E. betont Fitting dies nochmals.

3) Viel eher läßt sich behaupten, es sei jetzt das Bestreben, das Pfandrecht bloß aus der Formula der Pfandklage zu construiren, über die zulässige Grenze hinaus geltend gemacht. Es steht doch das Pfandrecht nicht bloß unter den Grundsätzen der hypothecarischen Formel, sondern zugleich unter anderen, z. B. daß kein Pfand ohne Sache und ohne Forderung denkbar ist. So wenig der Jurist nach Untergang der Pfandsache das Pfandrecht als fortbestehend behandeln würde, „quia verum est non esse solutam pecuniam", so wenig kann er es nach Untergang der Forderung. Mit jenen Worten will Paulus etwas ganz andres bezeichnen: die Zulässigkeit des pignus *in re propria* (vgl. l. 30. §. 1. de exc. rei jud. 44, 2, wo von Paulus ganz dieselben Worte gebraucht sind); denn das ist die wahre Anomalie der l. 59: der Fiduciar hat das Pfandrecht behalten, trotzdem er das Eigenthum der Pfandsache erworben hat.

4) Bürgschaft S. 508 f.

5) Corr. S. 116 f.

endlich daß Girtanner die l. 58. pr. ad sct. treb. 36, 1. nicht erklären könnte.

Von unsrem Standpunkt aus enthält l. 59. cit. eine Entscheidung, welche — abgesehen von dem pignus in re propria (S. 344. N. 3) —, durchaus auf strengen Rechtsgrundsätzen, nicht auf Billigkeit ruht.

Halten wir fest, daß der Gläubiger-Fiduciar in die Schuld des Schuldner-Erblassers nicht succedirt ist. Soll seine Forderung und mit ihr sein Pfandrecht aufgehoben sein, so muß außerdem — wie oben ausgeführt — keine Hereditas oder bestimmter ausgedrückt, kein Activvermögen vorhanden sein. Ist dies hier wirklich der Fall? Die Antwort läßt sich dahin geben: abgesehen von der verpfändeten Sache, ist kein Activvermögen mehr da, das ganze Activvermögen besteht in der verpfändeten Sache. Um diesen Satz einleuchtend zu machen, brauchen wir bloß an die alte Fiducia zu erinnern; die fiduciirte Sache war gar nicht mehr im Vermögen des Pfandschuldners, statt ihrer hatte der letztre nur noch einen „Vertrauensanspruch" an den Pfandgläubiger. Wie nun, als die Fiducia vom Pignus verdrängt würde? Es hatte sich ein zwitterhaftes Rechtsinstitut gebildet von zweifelhaftem Rechtsinhalt [1]); das Pignus blieb formell Eigenthum des Schuldners, stand formell in dessen Familia, und doch war es materiell bereits in das Vermögen des Gläubigers insoweit übergegangen, als dieser ein mit absoluter Wirkung ausgestattetes, das Eigenthum übertragendes Verkaufsrecht hatte. Die öconomische Seite der Sache (vgl. Absch. 1. §. 3. S. 62. 63.) war, soweit die Pfandschuld reichte, nicht mehr im Vermögen des Schuldners, sondern in dem des Gläubigers [2]), so daß dieser auf Höhe der Schuld an der Sache ein Afterpfand bestellen darf. Also mußte in dem Falle der l. 59. die Obligatio insoweit bestehen bleiben, als das Pfand reichte; drüber hinaus war sie durch Confusio untergegangen; blieb sie hinter dem Werth der Pfandsache zurück, so war selbst ein Stück des Pfandes — es zeigte sich dies beim Verkauf — mit dem übrigen Vermögen des Erblassers

1) Wir sagen nicht: von zweifelhaftem Werth.

2) Daher heißt es in l. 101. de leg. III. (32), daß das Pfand cessante debitore fit fere in patrimonio proprio des Pfandgläubigers.

durch den Erbschaftserwerb untergegangen[1]). Es war also im Falle der l. 59. die Obligatio durch das Pfand bestehen geblieben: remanet ergo *propter pignus* obligatio. — So ist Alles klar, selbst der Umstand, daß Paulus die Obligatio als naturalis bezeichnet. Die Obligatio war ja nur mit dem Pfande bestehen geblieben; ein andres Recht als pignoris persecutio hatte der Gläubiger-Fiduciar nicht, am allerwenigsten eine persönliche Klage aus der Obligatio, diese war mit dem Tode des Schuldners und vermöge des Umstandes, daß Niemand in sein Debitum succedirte, untergegangen; auch hätte sie nur dazu dienen können, um einen Anspruch über das Pfand hinaus geltend zu machen, und diesen gab es nicht mehr. Also war die Obligatio unklagbar, naturalis geworden. Es soll uns nicht wundern, wenn ein Quellenzeugniß aufgefunden würde, worin die Forderungen der Erbschaftsgläubiger hereditate jacente als obligationes naturales bezeichnet werden!

§. 31. Fortsetzung. Confusion. Critik der gegnerischen Ansichten.

Nachdem wir unsre Meinung über die Confusion im Allgemeinen vorgetragen, wenden wir uns zur Critik der — außer der herrschenden — in neuester Zeit aufgestellten Ansichten.

Ribbentropp[2]) behauptete, daß „nach Römischer Anschauung der Gläubiger, welcher seinen Schuldner beerbt, sich aus der Erbschaft bezahlt mache, daß also die Obligation solutionis jure oder potestate aufgehoben werde. Diese Anschauung sei jedoch nur dann eine natürliche, wenn ein Hauptschuldner vorhanden sei; willkürlich wäre sie in einem Falle gewesen, wo der Hauptschuldner mehrere waren und der Gläubiger die Wahl hatte, gegen welchen derselben

---

1) Von dieser letzten Eventualität kann übrigens im Falle der l. 59. nicht die Rede sein; das Pfand ist offenbar weniger als die Pfandschuld werth, der Gläubiger hat keinen Käufer gefunden, und will deshalb das Pfand jure dominii possidere.

2) Correalobl. S. 24. Anm. 3. Kuntze (die Obl. und die Singularsucc. S. 221) spricht wenigstens davon, daß die Römer bei der Confusion die wirkliche Zahlung fingirten.

er die Forderung realisiren wollte, d. h. bei der Correalobligation". Von dieser Behauptung ist nur zuzugeben, daß nach Quellenaussprüchen die Confusion solutionis jure [1]) oder potestate [2]) wirkt; zu leugnen hingegen ist, daß der erbende Gläubiger sich aus der Erbschaft des Schuldners bezahlt mache. Die erste Behauptung gestattet durchaus keinen Schluß auf die andre. „Die Confusion wirkt solutionis jure oder potestate« bedeutet: sie wirkt wie die Zahlung, d. h. die Obligation wird völlig aufgehoben; die Confusion also wird hinsichtlich ihrer Wirkung mit der Zahlung verglichen, und dies mit Recht, da sie auch nach unsrer Ansicht die Obligation aufhebt [3]). Allein aus diesem Vergleich macht Ribbentropp eine Identificirung: in jeder Confusion, behauptet er, liegt eine Zahlung; diese Identificirung aber ist entschieden zu verwerfen. Denn eine Forderung des Gläubigers kann nie mit dessen eignem Vermögen getilgt werden, und doch ist dies die Consequenz der Ribbentroppschen Ansicht. Die Confusion tritt mit dem Erwerb der Erbschaft ein; in diesem Augenblick aber erwirbt der Gläubiger alle erbschaftlichen Activa, und dies in Folge seines Erbrechts; wie also ist es möglich, daß er sich noch jetzt aus der Erbschaft wegen seiner Forderung bezahlt mache? Im Gegentheil: die Zahlung ist unmöglich, es fehlt dazu an allen Zahlungsmitteln, es fehlt an einem Vermögen des Schuldners [4]).

Daß diese Argumentation richtig ist, beweist unter Andrem der Umstand, daß die Confusion ebenso mit der Acceptilation verglichen wird [5]). Natürlich: denn auch die Acceptilation hebt die Obligation völlig auf. Wie verträgt sich dies mit Ribbentropps Ansicht?

Allein (könnte man fragen) warum begegnet der Vergleich der

---

1) L. 71. pr. de fidej. 46, 1.

2) L. 50. eod. Aehnlich: l. 21. §. 1. de lib. leg. 34, 3. (confusione perinde extinguitur obligatio ac solutione).

3) Bei Correalobligationen jedoch wird nur eine Sonderobligation aufgehoben; vgl. unten §. 32.

4) Wie ferner, wenn die Erbschaft nur aus Schulden besteht? Die Ribbentroppsche Ansicht erweist sich hier sofort als unhaltbar, und wir haben nicht nöthig, das oben im Text geltend gemachte Moment (Uebergang der Actiea auf den Gläubiger) herbeizuziehen.

5) L. 75. l. 107. de solut. 46, 3.

Confusion mit der Solution in den Quellen so häufig, mit der Acceptilation nur selten, mit andren Aufhebungsarten der Obligation überhaupt nicht? Die Frage ist nicht unberechtigt, und wir versuchen ihre Beantwortung um so mehr, als wir dadurch mit einigen Quellenzeugnissen bekannt werden, welche die Ribbentroppsche Ansicht zu begünstigen scheinen. In dieser Beziehung machen wir zuerst darauf aufmerksam, daß die Solutio der Grundtypus für die Aufhebung der Obligation ist; die Römer lieben es deshalb, jede andre Aufhebungsart der Obligationen mit der Solutio zu vergleichen. Allein das Hauptmoment scheint uns doch in etwas Andrem zu liegen. Wenn nämlich der Gläubiger den Schuldner nicht beerbt hätte, so würde er aus der Erbschaft (resp. bei deren Insolvenz aus dem Vermögen des Erben) Zahlung erhalten haben; durch den Erbschaftserwerb Seitens des Gläubigers ist nun zwar diese Zahlung unmöglich gemacht, allein es ist doch so gut, als wäre der Gläubiger von dem Erwerb aus der Erbschaft befriedigt worden; um den wahren Gewinn, welchen er durch den Erbschaftsantritt macht, zu bestimmen, muß er den Betrag seiner Forderung von dem Bestand der Erbschaft abziehen; dem Effect nach empfing er also 1) den Betrag seiner Forderung und 2) die sodann übrig bleibenden Erbschaftsactiva. Daher die ratio quae inter heredem et hereditatem ponitur, welche veranlaßt, daß bei Beerbung des Schuldners durch den Gläubiger minus in hereditate habere videtur, tamquam ipsa hereditas heredi solverit (l. 41. §. 2. de evict. 21, 2); daher ferner creditor adeundo hereditatem debitricis intelligitur secum pensasse (l. 33. sol. matrim. 24, 3). Mehr als dies ist auch nicht in l. 95. §. 2. de solut. 46, 3 [1]) gesagt; nicht einmal dies steht in l. 95. §. 8. eod., in welcher wie Fitting bereits bemerkt hat [2]), gar keine Confusion Stattgefunden

1) Zu dem hier gebrauchten Ausdruck „pro solutione cedit", der den Schlüssel zu dem Folgenden bildet, vgl. l. 27. l. 35. §. 1. de jurejur. 12, 2. Fitting (Corr. S. 121. N. 147.) hat also ohne Noth an Girtanner ein Zugeständniß gemacht.

2) A. a. O. S. 114. Anm. 145. Doch scheint mir Fitting den Gedankengang Papinians nicht recht angegeben zu haben. Nach Fitting ist dieser: „wenn der Gläubiger wirklicher Erbe würde, so könnte man nicht annehmen, daß er sich

hat; ebensowenig steht dies in l. 21. §. 5. de fidej. 46, 1, wo African die Ansicht, daß der Bürge, der den Gläubiger beerbt, als ein an sich selbst Zahlender angesehen werden könne (»quasi ipse a se exegerit«), vielmehr zurückweist. —

Die Ribbentroppsche Ansicht in einer erhöhten Potenz wird von Girtanner [1]) gelehrt. Seine Meinung ist bereits oben S. 344. bei Gelegenheit der Interpretation von l. 59. pr. ad sct. treb. 36, 1. referirt worden. Unsre ganze Ausführung, die gegen Ribbentropp gerichtet war, trifft auch gegen Girtanner zu; denn wenn bei der Confusion keine Zahlung Stattfindet, so kann sie natürlich auch nicht Stattfinden, selbst wenn der Erbe zur Zahlung aus der Erbschaft berechtigt, resp. an die Erbschaft verpflichtet sein sollte. Noch lieber möchten wir sagen: der Gedanke, daß der Erbe als Vertreter der Erbschaft deren Forderungen an ihn selbst beitreiben resp. deren Schulden an ihn selbst tilgen müsse, dieser Gedanke ist — undenkbar. Wenn aber gegen Girtanner noch außerdem Manches zu sagen ist, so ist dies bereits von Fitting [2]) geschehen; er hat gezeigt, welche Willkür Girtanner in seinen Schlußfolgerungen, welch gewaltsames Verfahren er gegenüber den Quellen anwendet.

Ebenso kurz können wir uns gegenüber einer Ansicht fassen, welche der neueste Schriftsteller der Correalobligationen, Samhaber [3]), aufgestellt hat. „Die Confusio betrifft zunächst die Person des einzelnen Reus, die subjective Beziehung des Obligationsverhältnisses.

---

selbst bezahle, folglich kann man es auch nicht, wenn er im Besitz der Erbschaft ist und sich für den Erben hält". Mir scheint vielmehr folgendes Papinians Gedanke zu sein: „Wäre dem Gläubiger die Erbschaft nicht evincirt worden, so würde er allerdings sich selbst bezahlt haben, denn diese Zahlung an sich selbst war möglich, weil er ja Nichterbe war (— dies bewies die spätre Eviction —), und mit der Zahlung wären die Bürgen befreit worden; da ihm jedoch die Erbschaft evincirt worden ist, so hat er auch das an sich selbst Gezahlte herausgeben müssen; die Sache kommt also in Folge der Eviction so zu stehen, als ob er nicht an sich selbst gezahlt hätte (neque enim ipsum sibi solvisse pecuniam credendum est, a quo hereditas evincitur) und die Bürgen sind noch jetzt verhaftet". S. auch l. 34. §. 11. de sol. 46. 3.

1) Bürgschaft S. 504 ff.

2) A. a. O. §§. 19. 21.

3) Correalobl. S. 118. 119.

Sie kann aber von da aus sehr leicht und wird sogar gewöhnlich das Dasein der Obligation selbst ergreifen. Denn zum Vorhandensein der Obligatio selbst gehören mindestens zwei Subjecte: ein Gläubiger und ein Schuldner. Wo nun anfänglich nicht mehr als diese zwei unumgänglich nothwendigen Personen vorhanden waren, zerstört die Confusio, obwohl sie zunächst nur die subjective Seite des Rechtsverhältnisses berührt, hierdurch zugleich ein wesentliches Erforderniß zum Dasein der Obligatio und damit die Obligatio. Wo dagegen mehr als ein Subject von Anfang an auf einer Seite derselben stand, wie bei der Correalobligation, nimmt die Confusio keine wesentliche Daseinsbedingung hinweg; es bleiben, ungeachtet ein Subject ausggefallen, noch immer zwei einander gegenüberstehende Personen zurück". Wir haben Samhabers Worte ausführlich mitgetheilt, damit nicht ein Zweifel an der Treue unsrer Darstellung rege würde. „Die Confusio betrifft zunächst die Person des Reus", das ist Samhabers Ausgangspunkt. Verstehen wir diese Worte recht, so ist ihr einfacher Inhalt folgender: bei eintretender Confusion nimmt den Schuldner der Tod hinweg, und es fehlt deshalb der Obligation an einem Haupterforderniß. Wir fragen: warum bloß bei der Confusion? Bei der hereditas jacens fehlt es an einer Person des Schuldners, und wenn Samhaber die hereditas jacens als einen bloßen Zwischenzustand bezeichnen wird, so erwiedern wir ihm, daß jedenfalls, wenn der Schuldner unbeerbt verstorben ist, aber doch Activvermögen hinterläßt, sein Einwand nicht zutrifft. Geht also auch etwa in diesem Falle die Obligatio wegen des Ablebens des Schuldners unter? Samhaber selbst wird das nicht behaupten. Er hat bei seinem Erklärungsversuch den Tod des Reus viel zu hoch angeschlagen, die Bedeutung des hinterlaßnen Vermögens hingegen gar nicht in Rücksicht gezogen. —

Wenn die bisherigen Ansichten über die Confusion vor einer eingehenden Critik nicht Stand halten, so könnte man dennoch auf andre Weise als in §. 30. geschehen die Wirkung der Confusion zu erklären versuchen, auf eine Weise, welche auf den ersten Blick sehr viel für sich zu haben scheint. Durch die Beerbung nämlich erwirbt der Gläubiger die Sachen des Schuldners; hieraus könnte gefolgert werden, daß, da nemo rem suam stipulari, emere u. s. w. potest.

die Obligation wegen Unmöglichkeit der Erfüllung und nicht wegen Mangels an allem Rechtsobject untergeht.

Zunächst wollen wir die Grenzen des Einwandes bestimmen. Er bezieht sich nämlich nur auf Obligationen, welche auf Uebertragung eines Rechts gerichtet sind, welches der Gläubiger bereits hat[1]), nicht also auf solche, deren Gegenstand ein Thun im engren Sinne des Wortes ist[2]). Sodann bezieht er sich nur auf die Beerbung des Schuldners durch den Gläubiger, nicht auf die des Gläubigers durch den Schuldner. Jetzt, nachdem der Einwand in so erheblicher Weise beschränkt ist, wird ein Zweifel an seiner Stichhaltigkeit rege, namentlich wenn man zugleich bedenkt, daß die Quellen bei Erörterung der Confusion von jenem Satz gar keinen Gebrauch machen. Es steigert sich aber der Zweifel zur völligen Ueberzeugung, wenn man die quellenmäßige Begründung jenes Satzes untersucht. Die Frage ist also: geht eine obligatio dandi dadurch unter, daß der Gläubiger vor der Erfüllung das Recht, auf dessen Uebertragung die Obligation gerichtet ist, auf andre Weise erwirbt?

Die herrschende Ansicht verneint es. Mommsen[3]) hingegen bejaht es. Sein Hauptgrund ist der, daß es consequent sei, das was bei Eingehung der Obligation deren Entstehung verhindert, auch in deren Dauer ihre Aufhebung veranlassen muß. Er stützt sich also — wenn er ihn auch nicht citirt — im Wesentlichen auf den Rechtssatz, welchen die Römer bei dem Erbrecht folgendermaßen ausdrücken: quae in eam causam venerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur[4]). Wenn nun auch von diesem Satze in den verschiedensten Rechtsverhältnissen Anwendung gemacht wurde[5]), so existirten trotzdem Fälle wo er außer Rücksicht blieb[6]), ja Einige

---

1) Vgl. Mommsen Beitr. zum Obligationenrecht 1, 97 ff.

2) Das Römische facere hat bekanntlich einen viel weiteren Inhalt; es ist ein rein negativer Begriff: jedes Nicht-dare ist facere.

3) Beitr. zum Obl. R. 1, 255—262.

4) l. 3. §. 2. de his quae pro non scripto 34, 8.

5) Vgl. l. 11. de jud. 5, 1. l. 11. de serv. 8, 1. l. 16. ad leg. Aq. 9, 2. §. 6. d. de nox act. 4, 8. Savigny System Bd. 2. S. 69. N. a.

6) l. 98. pr. l. 140. §. 2. de verb. obl. 45, 1.

bestritten ihn ganz und gar [1]); es bleibt also immer noch die Frage, ob er von den Römern auch auf den Fall angewendet wurde, wo der Gläubiger vor der Erfüllung auf andre Weise das ihm durch die Obligation zuzuführende Recht erwarb. — Weiter beruft sich Mommsen darauf, daß nach l. 16. D. de verb. obl. 45, 1. im vorliegenden Falle die alternative Obligation in eine obl. speciei übergehe und aus l. 9. §. 6. loc. 19, 2. schließt er, daß, wenn die gemiethete Sache ins Vermögen des Miethers übergehe, der Miethscontract aufgehoben sei. Dieser letztre Schluß ist offenbar unzulässig; das erstre Fragment aber (— l. 16. de verb. obl. 45, 1 —) läßt sich ebenso wohl auf andre Weise erklären, und diese andre Erklärungsweise wird nothwendig, weil, wie Mommsen selbst zugesteht, eine Anzahl Quellenausſprüche mit seiner Ansicht im Widerspruch stehen und die von Mommsen versuchte Interpretation dieser Quellenausſprüche durchaus unannehmbar ist.

Der Irrthum Mommsens liegt darin, daß er den vorliegenden Fall zur casuellen unverschuldeten Unmöglichkeit rechnet. Nun ist aber zu bedenken, daß der Fall nur eintreten kann, wenn der Schuldner über eine fremde Sache eine Obligatio eingegangen ist, und daß er es sich also selbst zuschreiben muß, wenn er nicht sofort alle Anstalten zur Erfüllung trifft, vielmehr seinen Gläubiger einen Vorsprung gewinnen läßt. Man wird es dem Gläubiger nicht verargen können, wenn er, nachdem er erfahren, daß sein Schuldner über eine fremde Sache disponirt, sich an den Eigenthümer wendet und von diesem direct die Sache zu erwerben sucht. Mit andren Worten: erlangt der Gläubiger schon vor der Erfüllung das Recht, auf dessen Erwerb die Obligation gerichtet war, so liegt eine vom Schuldner verschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung vor, und die Obligation wird deshalb nicht aufgehoben, sondern nur mit ihrem Inhalt geht eine von Savigny [2]) sogenannte Metamorphose vor: aus der alternativen Obligation wird eine obl. speciei; der Miether wird durch den Erwerb des vermietheten Hauses vom Miethszins frei; die Contractsklagen stehen nach wie vor den Contrahenten zu: l. 19. de obl. et act. 44, 7: ... cum creditor vel emtor ex

1) l. 85. §. 1. de reg. jur. 50. 17. Savigny a. a. O.
2) Obl. R. 2, 1 sq.

lucrativa causa rem habere coeperit, nihilominus *integras actiones retinent*, sicut ex contrario, qui non ex causa lucrativa rem habere coepit, eandem non prohibetur ex lucrativa causa petere,

nur gehen sie jetzt auf andre Zwecke, beim Kauf namentlich auf Rückzahlung des Kaufpreises [1]). Nur wenn *duae* lucrativae causae concurriren, wird durch die Erfüllung der einen Obligation die andre aufgehoben [2]); dies ist mit solcher Bestimmtheit in den Quellen hervorgehoben, daß das Argumentum a contrario hinsichtlich der Concurrenz einer causa lucrativa und onerosa gar nicht von der Hand gewiesen werden kann [3]). Diesen aus der Natur der Sache und den Quellen geschöpften Beweisen weiß Mommsen nichts Andres entgegenzusetzen, als die Behauptung, die Römer hätten die Contractsklagen „in einem sehr weiten Umfange" zugelassen.

So glauben wir denn gezeigt zu haben, daß der aufgeworfne Einwand ungegründet ist: wenn auch der Gläubiger den Schuldner beerbt und damit zugleich dasjenige Recht, welches ihm der Erblasser verschuldete, erwirbt, so würde dennoch hierdurch allein (d. h. abgesehen von andren Rechtsgrundsätzen) seine Forderung nicht untergehen können.

§. 32. Fortsetzung. Confusion. Anwendung auf die Correalobligation.

Die Mehrheit der Personen, welche die Correalobligation von der einfachen unterscheidet, ist der Anlaß, daß die Confusion, welche sonst nur zwischen Gläubiger und Schuldner eintritt, in der Correalobligation noch unter den mehreren Correalgläubigern resp. -schuldnern unter einander möglich ist. Jener Fall bleibt freilich

1) l. 84. §. 5. de leg. I. (30). Paul. sent. rec. II, 17. §. 8; vgl. ferner l. 13. §. 15. de act. emt. 19, 1. l. 9. l. 41. §. 1. de evict. 21, 2.

2) Natürlich: denn die zweite causa hat ja hier nicht darin ihren Grund, daß der Gläubiger sich vor den Nachtheilen, die ihm aus der Unredlichkeit des Schuldners drohten, schützen wollte.

3) §. 6. de d. leg. 2. 20. l. 17. de obl. et act. 44, 7. Mommsen a. a. O. S. 257. erkennt dieses Bedenken an

der practisch wichtigere; bei beiden aber muß sich unsre Auffassung der Confusion bewähren. Wir behandeln jenen Fall zuerst.

I. Derselbe ist ungemein dazu angethan, um unsre Auffassung der Confusion zu bestätigen. Bei der einfachen Obligation nämlich geht auch nach unsrer Auffassung die Obligation wegen Mangels an Rechtsobject unter; ein practischer Unterschied unsrer Auffassung von den andren ist daher nicht sichtbar. Bei der Correalobligation erst tritt der practische Unterschied zu Tage; die Aussprüche der Quellen über die Confusion bei der Correalobligation lassen sich nur mit unsrer Auffassung der Confusion vereinbaren; zugleich sind sie ein neues Zeugniß für die Existenz der Sonderobligationen.

Beerbt nämlich der Gläubiger einen Schuldner, so ist es unmöglich, daß er in die Schuld succedirt; sein Gläubigerrecht ist davon abhängig, ob ein Rechtssubject oder Rechtsobject vorhanden ist, das ihm für seine Forderung haftet. Bei der einfachen Obligation fehlt beides in der Regel; es ist nur ausnahmsweise vorhanden, wenn ein Pfand bestellt worden [1]; bei der Correalobligation hingegen fehlt es nur insofern, als es sich um die Sonderobligation des verstorbnen Correus handelt; den Sonderobligationen der übrigen fehlt es durchaus nicht daran, daher Paulus in l. 71. pr. de fidej. 46, 1. sehr treffend sagt: persona tantum eximitur aditione hereditatis confusione obligationis.

Man thut dem Paulus Unrecht, wenn man behauptet, der Fall der Beerbung des Correalschuldners sei ihm zweifelhaft erschienen [2]. Die Worte der l. 71 cit.: justa dubitatio est utrum alter quoque liberatus est erweisen dies nicht; sie bedeuten vielmehr: „man muß in solchem Falle gerechte Bedenken gegen die Aufhebung der ganzen Obligation (die gewöhnliche Wirkung der Confusion) haben", d. h. also der Jurist verwirft die gewöhnliche Wirkung der Confusion mit Sicherheit und voller Ueberzeugung. Paulus schwankt so wenig und ist so wenig zweifelhaft, daß er seine Ansicht nicht einmal einer Motivirung bedürftig

1) l. 59. ad sct. treb. 36, 1, oben §. 30. S. 343 ff.

2) So Ribbentropp Corr. S. 24. in N. 3. Sintenis Civilr. II, 128. N. 17. nimmt sogar „Zweifel und Streit unter den Juristen" an.

hält; in unübertrefflicher Kürze schreibt er: et puto aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam.

Wird aber die Sonderobligation des verstorbnen Correus aufgehoben, so müssen es auch die Accessionen. Zwar könnte dies zweifelhaft erscheinen, wenn der in l. 95. §. 1. i. f. de sol. 46, 3. und l. 1. §. 14. dep. 16, 3. (vgl. oben §. 30. S. 337.) erörterte Fall verglichen wird; denn danach haftet der Bürge, gleichviel ob der Hauptschuldner ein Hereditas hinterlassen hat oder nicht. Allein der Fall, wo die Hereditas nicht vorhanden ist, weil der Schuldner nichts hinterlassen hat, liegt von dem andern Falle, wo die Hereditas bloß deshalb nicht vorhanden ist, weil sie in das Vermögen des Erben aufgegangen ist, weit ab; mit Recht hat sich deshalb Paulus für Wegfall der Accessionen erklärt. —

Beerbt ein Correalschuldner den Gläubiger, so succedirt er in die Forderung, aber nur insoweit, als dies möglich ist, d. h. insoweit sie die übrigen Correalschuldner betrifft; insoweit sie ihn selbst betrifft, ist die Succession unmöglich; daher geht seine Sonderobligation wegen Mangels an einem Rechtssubject, wegen Mangels an einem Gläubiger unter.

Beerbt ein Correalgläubiger den Schuldner, so succedirt er in die Schuld, aber dies wiederum nur insoweit, als die Succession möglich ist, d. h. insoweit der Erblasser den andren Correalgläubiger gegenüber verpflichtet war; die eigne Sonderobligation des Succedenten muß wegen Mangels am Rechtsobject untergehen.

Endlich: beerbt der Schuldner einen Correalgläubiger, so kann er in dessen Sonderobligation nicht succediren, so daß diese wegen fehlenden Rechtssubjects untergeht; die übrigen Sonderobligationen bleiben von der Succession unberührt. —

Die soeben entwickelten Rechtsgrundsätze werden von allen Rechtslehrern, mit Ausnahme von Arndts und Fitting, gegen welche wir unten unsre Polemik richten werden, gelehrt. Erklärt aber sind sie u. E. bisher nicht in genügender Weise. Es trug dazu weit mehr die unrichtige Auffassung der Confusion als die der Correalobligation bei.

Mit Fitting muß man der herrschenden Ansicht damit gegenüber treten, daß, wenn die Confusion eine Succession des Gläubigers in

die Schuld resp. des Schuldners in die Forderung enthielte, die beiden Seiten der Obligation in derselben Person vereinigt würden, und deshalb die Obligation vollständig erlöschen müßte. Würde selbst die herrschende Ansicht sich zu Sonderobligationen bekennen, so würde sie dennoch die Quellenaussprüche über die Confusion bei der Correalobligation nicht zu erklären vermögen; es ist unmöglich, daß der, welcher schuldig ist, von Mitschuldnern als Gläubiger die Forderung einklagt; wer sich des benef. cedend. actionum bedient, ist in ganz andrer Lage: er ist nicht schuldig, sondern schuldig gewesen, er ist nicht Gläubiger, sondern Stellvertreter des Gläubigers [1]).

Der aufgestellte Einwand greift aber nicht bloß gegen die Einheits-, sondern auch gegen die Mehrheitstheorien durch; das geht bereits aus dem Bisherigen hervor. Viel Mühe hat Kuntze [2]); da die Quellen den „Solutionscharacter" im Kuntze'schen Sinne nicht allein der Acceptilation, Novation, Eid u. s. w., sondern auch der Confusion beilegen, so ergab sich für Kuntze die schwierige Aufgabe, diesen Solutionscharacter mit der persönlichen Wirkung zu vereinigen. Das Ergebniß seiner Ausführungen ist folgendes: „die Römische Confusionstheorie hat sich lediglich unter dem Einfluß practischer Motive gestaltet; man wandte die Fiction der Solutio nur da an wo es zweckmäßig erschien; daß man es je zu einer entschiednen und vollen Uebereinstimmung in der Zeit der classischen Jurisprudenz gebracht habe, ist nicht wahrscheinlich; wir wissen nur, daß Ulpian in l. 43. de sol. 46, 3. und Paulus in l. 71. de fid. 46, 1. im Falle eines Correalverhältnisses die Solutionsfiction von der Confusion fern hielten". Auf dieses Schlußergebniß hat bereits Fitting geantwortet [3]).

Daß hingegen Fittings Theorie mit der hier verworfnen Auffassung der Confusion sich verträgt, kann nicht geleugnet werden.

Es ist bereits oben bemerkt, daß Arndts [4]), so oft es sich um

---

1) Daß die durch Brinz' Vertretungsprincip modificirte herrschende Ansicht nicht besser im Stande ist, die Confusion zu erklären, zeigt Fitting Corr. S. 129. N. 160.

2) Obl. S. 217—222.

3) Corr. S. 129. N. 160.

4) In Weiske's Rechtslex. 4, 18. und Pand. §. 273. Anm. 1.

eine active Correalobligation handelt, eine verschiedne Ansicht aufgestellt hat. Es soll nämlich hier, mag ein Correalgläubiger den Schuldner oder der Schuldner einen Correalgläubiger beerben, die ganze Correalobligation aufhören, nicht bloß ein Correus wegfallen. Als Gründe führt Arndts die verschiedne Natur der passiven und activen Correalobligation an: bei der passiven könne der Erbe in seiner Qualität als Gläubiger wählen, ob er von sich selbst in seiner Qualität als Correus oder von einem Mitschuldner bezahlt sein wolle; das sei bei der activen unmöglich. Aber auch eine Härte gegen den Erben liege in der herrschenden Ansicht, indem danach die Erbschaft resp. das eigne Vermögen des Erben schlechterdings um den Betrag der Correalforderung vermindert würde, während doch nach Paulus die Folgen der Confusion sich gerade so stellen, wie wenn der Betrag der Schuld vorher aus dem Vermögen des Schuldners in das des Gläubigers bezahlt worden wäre. Diese Gründe haben mich von der Richtigkeit der Arndts'schen Ansicht nicht überzeugt. Denn wenn bei der activen Correalobligation der Erbe nicht wählen kann, so scheint gerade daraus das Gegentheil von dem zu folgen, was Arndts daraus geschlossen hat, nämlich daß das Gläubigerrecht bloß für ihn unwiderbringlich verloren ist; und wenn Arndts die Härte der hier vertheidigten Ansicht betont, so darf man ihm die noch größre Härte seiner Ansicht entgegenhalten, indem ja danach die andren Correalgläubiger, die durch keine Erbschaft entschädigt sind, ihre Forderung verlieren würden — Uebrigens hat jetzt Fitting [1]) von seiner Wahltheorie aus (d. h. aus andren Gründen) die Arndts'sche Ansicht wieder aufgenommen: es soll der Schuldner, der einen Correalgläubiger beerbt und von einem andren belangt wird, berechtigt sein zu erklären, er habe den beerbten Correus, d. h. sich selbst als Erben gewählt! Abgesehen davon, daß wir die ganze Fitting'sche Theorie nicht billigen, so müßte jedenfalls hier noch bewiesen werden, wie Jemand mit sich selbst einen zweiseitigen Act (eine Wahl setzt die Person des Wählers und des Gewählten voraus) vornehmen kann.

1) Fitting S. 203

II. Wir wenden uns zum zweiten Fall: Beerbung eines Correalgläubigers durch einen andren Correalgläubiger, eines Correalschuldners durch einen andren Correalschuldner. Bekanntlich lehren in dieser Beziehung die Quellen, der Erbe sei jetzt Träger von zwei (Sonder-) Obligationen:

l. 13. de d. r. 45, 2: Si reus promittendi alteri reo heres exstiterit, *duas obligationes* eum sustinere dicendum est; nam ubi quidem altera differentia obligationum esse possit. ut in fidejussore et in reo principali, constitit alteram ab altera perimi; quum vero ejusdem duae potestatis sint, non potest reperiri, alteram potius quam alteram consummari; ideoque etsi reus stipulandi heres exstiterit, *duas species obligationis* eum sustinere.

Ebenso fast wörtlich l. 5. de fidej. 46, 1; ferner l. 93. de sol. 46, 3, wo der allgemeine Grundsatz aufgestellt wird: et quasi generale quid retinendum est, ut ubi ei obligationi, quae sequelae locum obtinet, principalis accedit, confusa sit obligatio quotics duae sint principales, altera alteri potius adjici ad actionem, quam confusionem parere videatur.

Der Grund der in l. 13. und l. 5 cit. (ubi aliqua differentia est obligationum, potest constitui alteram ab altera perimi, quum vero duae ejusdem sint potestatis, non potest reperiri, cur altera potius quam altera consumeretur) ist durchaus nicht äußerlich und unjuristisch; er belehrt uns im Gegentheil, es sei eine Succession in die Sonderobligation des Erblassers erfolgt, und die beiden Sonderobligationen beständen im Erben neben einander fort, da keine die Macht habe, die andre aufzuheben, d. h. da die Existenz derselben neben einander keinen Widerspruch enthalte. Gerade dieser letztre Satz bedarf des Beweises. Es ist aber bekannt, daß, wenn über eine bereits bestehende Obligation eine Stipulation ohne novandi animus contrahirt wird, zwei Obligationen auf denselben Gegenstand in derselben Person entstehen[1]). Bezeichnend ist l. 21. §. 1. de fid. 46, 1:

1) l. 2. l. 8. §. 5. l. 9. pr. l. 16. de nov. 46, 2. l. 28. de act. emt 19, l. l. 3. de resc. vend. 18, 5. u. s. w. Vgl. Bähr Anerkennung §. 13.

Non est novum, ut fidejussor duabus obligationibus ejusdem pecuniae nomine teneatur; nam si in diem acceptus mox pure accipiatur, ex utraque obligatur; et si fidejussor confidejussori heres exstiterit, idem erit.

Hier wird es als nichts Neues gerade an die Spitze gestellt, daß man aus zwei Obligationen denselben Gegenstand verschulden könne, und dann werden zwei Beispiele aufgeführt, die offenbar nur in der Verbindung stehen, daß die Zahlung aus der einen Obligation resp. die Litiscontestation [1]) aus der einen die andre consumirt.

Wenn nun die Correalobligation in der Person jedes Correus eine Sonderobligation erzeugt, und wenn schon sonst Jemand aus zwei Obligationen denselben Gegenstand verschulden kann, so sind damit die Aussprüche der Quellen, es gehe bei Beerbung eines Correus durch den andern keine Confusion vor sich, sondern der erbende Correus vereinige jetzt zwei Sonderobligationen in sich, völlig erklärt. Daß namentlich die Quellen nur von den Sonderobligationen sprechen, geht aus ihrer Ausdrucksweise deutlich hervor; sie sagen daß der erbende Correalgläubiger »duas *species* obligationis sustinebit«, und der vom erbenden Correalschuldner gebrauchte Ausdruck: »duas obligationes sustinet« ist aus dem ebenerwähnten genaueren Ausdruck zu erklären.

Soweit der zweite Fall. Die bisherigen Darstellungen der Correalobligation beschäftigen sich damit nicht, daher eine Critik derselben nicht gegeben werden kann [2]).

III. Damit die Confusion vollständig entwickelt werde, mag es gestattet sein, zum Schluß auf ein Verhältniß einzugehen, welches strenggenommen nicht hierher gehört: das Verhältniß des Bürgen, welcher den Gläubiger oder Schuldner beerbt oder von ihnen beerbt wird.

a) Betrachten wir zuerst den Fall der Beerbung zwischen Hauptschuldner und Fidejussor; die Quellen erklären die Obligation des erstren für voller und reicher als die des letztren: rei obligatio

1) Denn die Fidejussio ist eine accessorische Obligation, und jede Actio aus der Bürgschaft enthält zugleich eine Actio aus der Hauptschuld; s. oben §. 22. S. 265 f. 271 f.

2) Vgl. jedoch Fitting Corr. S. 101. 102.

est plenior [1]); eine Succession des Einen in die Schuld des Andren ist durchaus zulässig, allein nach der Succession hebt die vollere Schuld die geringere auf: major tollit minorem [2]). Nur in dem Fall, daß der Bürge ein Pfand bestellt hätte, dauert die Bürgschaftsobligation weiter, offenbar deshalb weil die ökonomische Seite des Pfandes nicht zur Hereditas des Bürgen gehört und daher, soweit das Pfand reicht, ein besondres von der Beerbung nicht betroffnes Rechtsobject der Bürgschaftsschuld existirt [3]).

Die Anschauung, die Bürgschaftsschuld sei die weniger inhaltreiche, wird in den Quellen ohne Rücksicht auf die concreten Umstände der Einzelfälle gelehrt; das allein erscheint auch als das richtige; denn wenn auch der Fidejussor kein subsidiärer Schuldner ist, so ist er doch ein eventueller: er haftet erst dann, wenn der Schuldner nicht zahlt; letztrer muß jedenfalls nicht geleistet haben, damit der Gläubiger sich an den Bürgen halten dürfe; gerade hieraus hatte sich die allgemeine Regel gebildet: rei obligatio plenior est. Die l. 93. §. 3. de sol. 46, 3. enthält aber eine ganz andre, und wie uns scheinen will, unrichtige Auffassung dieser Regel. Papinian statuirt hier den Fall, daß der Schuldner bloß naturaliter, der Bürge hingegen civiliter verpflichtet war; er erachtet deshalb die Obligatio der Hauptschuldner nicht als plenior und läßt die Bürgschaftsschuld fortbestehen:

> nam si reus natura dumtaxat fuit obligatus, fidejussor non liberabitur [4]).

Daß Papinian seinem Billigkeitsgefühl folgte, als er die Entscheidung fällte, rechtfertigt ihn nicht; dieses hätte ihn dahin leiten müssen, die Regel »major obligatio tollit minorem« anzugreifen; denn von der Nothwendigkeit dieser Regel können wir uns nicht

---

1) Vgl. l. 5. de fid. 46, 1.

2) l. 5. l. 50. de fid. 46, 1. l. 93. §. 3. de sol. 46. 3. l. 3. pr. de separ. 42, 6.

3) l. 38. §. 5. de solut. 46, 3. Vgl. die analoge l. 59. pr. ad sct. treb. oben §. 30. S. 343 f. Sintenis Civilr. 2, 464. N. 16. hält die Sätze der l. 38 cit. für inconsequent.

4) Wir geben hier den Text in der durch die Basiliken gerechtfertigten und allgemein anerkannten Emendation.

überzeugen; auch enthalten die Quellen mehrere Leges, in welchen jene Regel nicht zur Anwendung gebracht wird; z. B. in der bereits früher citirten l. 21. §. 1. de fid. 46, 1. wird mitgetheilt, daß sich Jemand zuerst sub die, später pure verbürgt habe, und hierauf entschieden: ex utraque obligatione tenetur. In l. 93. pr. de sol. 46, 3. wird gelehrt, daß, wenn ein Correalgläubiger einen andren, der ein pactum de non petendo abgeschlossen hat, beerbt, keine Confusion vor sich gehe [1]). Endlich in l. 21. §. 2. de fid. 46, 1. entscheidet African den von Papinian in l. 93. cit. behandelten Fall ganz wie Papinian, und dennoch ist seine Deduction eine ganz andre als die Papinians, er wendet die Regel »major obligatio tollit minorem« nicht an:

> Servo tuo pecuniam credidi, eum tu manumisisti . .; quodsi hic servus manumissus fidejussori suo heres existat, durare causam fidejussoriam putavit, et tamen nihilominus naturalem obligationem mansuram, et si obligatio civilis pereat, solutum repetere non potest. Nec his contrarium esse quod, cum reus fidejussori heres existat, fidejussoria obligatio tollatur, *quia tunc duplex obligatio civilis cum eodem esse non potest.* Retro quoque si fidejussor servo manumisso heres exstiterit, eadem adversus eum obligatio manet, quamvis et naturaliter teneatur nec pro se quis fidejubere possit.

African also behauptet, die Bürgschaftsschuld gehe nur dann unter, wenn auch die Hauptschuld civilis sei; denn das Zusammentreffen zweier civiler Obligationen sei unmöglich. Daß diese letztre Behauptung unrichtig ist, ist unbedenklich [2]): der Correalschuldner, der seinen Genossen beerbt, bietet das Material zur Widerlegung; allein die, wenn auch unrichtige, Behauptung Africans zeigt doch,

---

1) Ein dritter Fall scheint in l. 21. §. 4. de fid. 46, 1. gegeben; es ist Jemand für zwei Correalschuldner Bürge geworden und beerbt hierauf den einen; er haftet nunmehr als Successor seines Erblassers und als Bürge des andren Correus.

2) Auch Girtanner (Bürgschaft S. 491 N. 16) hält deshalb verwundert vor l. 21. §. 2 cit.

daß Papinians Deduction in l. 93 cit. nicht die sämmtlicher Römischer Juristen gewesen ist [1]).

b) Den zweiten Fall bildet die Beerbung zwischen Gläubiger und Fidejussor.

Beerbt der Gläubiger den Bürgen, so kann er in dessen Schuld nicht succediren, da er sonst von sich selbst etwas zu fordern hätte; da nun die Hereditas des Bürgen mit dem Erbschaftsantritt untergeht, so ist die Bürgschaftsschuld erloschen.

Beerbt der Fidejussor den Gläubiger, so handelt es sich um eine Succession in eine zweifache Forderung: in die Forderung gegen den Hauptschuldner und in die gegen den Fidejussor; erstre ist möglich und geschieht; letztre ist unmöglich und die Bürgschaftsschuld geht deshalb wegen mangelnden Rechtssubjects unter.

Die l. 21. §§. 3. 5. und l. 71. pr. i. f. de fid. 46, 1. stimmen hiermit überein [2]); die l. 11. mand. 17, 1

si ei, cui damnatus ex causa fidejussoria fueram, heres postea exstitero, habebo mandati actionem

steht uns nicht entgegen, da sie von einem bereits verurtheilten Fidejussor handelt, die mandati actio also aus dem Processe hervorgegangen ist.

---

1) Unsres Erachtens also wollte African nicht wie Papinian bald die Obligation des Hauptschuldners, bald die des Bürgen für plenior erklären. Möglich übrigens, daß African den Satz „rei obligatio plenior est" gar nicht kannte; denn derselbe findet sich nur in Fragmenten Papinians und Ulpians (l. 5. l. 50. de fid. 46, 1. l. 93. §. 3. de sol. 46, 3. l. 3. pr. de sep. 42, 6); zwar führt Ulpian in l. 5. de fid. Julian als Gewährsmann an, allein gerade die Worte, worin das rei obl. plen. est sich findet (nec enim potest reperiri....) sind in directer Rede geschrieben, während das Vorhergehende in indirecter Rede mitgetheilt ist, also rühren jene Worte nicht von Julian, sondern von Ulpian her. Auch l. 13. de d. r. 45, 2, worin der Satz „rei obligatio plenior est" zwar nicht wörtlich, doch dem Sinne nach enthalten ist, stammt von Venulejus, einem Zeitgenossen Papinians.

2) Eine Folgerung daraus vgl. in l. 8. §. 3. qui sat. cog. 2, 8.

9. Feststellung der Correalobligation.

a) §. 33. Litiscontestation und Urtheil.

Litiscontestation und Urtheil sind Anfang und Endpunkt des Processes; der Anlaß des Processes ist überall das Verlangen des Klägers, befriedigt zu werden, die Aufgabe des Processes aber ist eine andre; dieselbe besteht darin, das streitige Rechtsverhältniß *festzustellen*; das sprechendste Argument hiefür ist, daß nach R. R. die Execution außerhalb des Processes fällt; die actio judicati ist ein *neues* gerichtliches Verfahren.

Zur processualischen Consumtion gelangt man erst dann, wenn man einen neuen Gedanken hinzunimmt; die Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses darf nämlich vor Gericht nur einmal geschehen, und bei dem was in dem Processe festgestellt worden ist, hat es in Zukunft sein Bewenden; naturgemäß also gehen aus dem gerichtlichen Verfahren act. judicati und exc. rei judic. hervor.

Auf das Auseinanderhalten der beiden so eben ausgesprochnen Behauptungen ist das größte Gewicht zu legen. Nicht von der processualischen Consumtion darf man in erster Linie ausgehen, wenn man den Einfluß der L. C. auf den Proceß bestimmen will; diese steht, wie bemerkt, erst in zweiter Linie, und ist nicht nothwendig mit jedem Feststellungsmittel der streitigen Rechtsverhältnisse verbunden; es wird im Gegentheil im §. 34. bei Darstellung des Eides gezeigt werden, daß auch da, wo die Feststellung keine Consumtion nach sich zieht, dennoch ähnliche Grundsätze wie im Proceß gelten.

Was also wird im Processe festgestellt? Alle Sonderobligationen oder bloß eine einzige? Denn davon hängt es ab, was der Gegenstand der processualischen Consumtion ist, und ob durch die Litiscontestation bloß die Klage des klägerischen Correus resp. gegen den verklagten Correus untergeht, oder zugleich die Klage sämmtlicher resp. gegen sämmtliche Correi. Ueber die Antwort hierauf kann man nicht zweifelhaft sein. Soll nämlich ein Recht festgestellt werden, so muß auf seine Entstehung zurückgegangen und von hier ab bis zum Augenblick, wo die Feststellung geschieht, seine Geschichte verfolgt werden. Entstanden aber ist die Correalobligation als Gesammtobligation; nur durch Vereinigung der mehreren Rei in eine Einheit

wurde die Erzeugung mehrerer proratarischer Obligationen vermieden, es entstand zunächst eine Gesammtobligation, sodann durch deren Rückwirkung auf das Vermögen der einzelnen Rei die Sonderobligationen; sind auch Gesammt- und Sonderobligation gleichzeitig, so ist doch jene das Ursprüngliche, diese das Secundäre.

Weil man auf die Gesammtobligation zurückgehen muß, so ist die ertheilte Actio eine Klage über die Gesammtobligation. Was aber ist die Gesammtobligation? Es ist früher ausgeführt, daß sie die Grundlage ist, aus der die Sonderobligationen entspringen, und daß sie die Summe aller Sonderobligationen ist (§. 18. S. 232). Daraus folgt, daß die ertheilte Actio über alle Sonderobligationen zugleich ertheilt ist; durch die Klage eines oder gegen einen Correus werden auch die übrigen Sonderobligationen consumirt:

l. 5. i. f. de fid. 46, 1: si reus stipulandi extiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit; plane si ex altera earum egerit, utramque consumet, videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut quum altera, earum in judicium deduceretur, altera consumeretur.

Es ist also die Summe aller Sonderobligationen zusammen, die Gesammtobligation, consumirt:

l. 2. de d. r. 45, 2: .... petitione, acceptilatione unius *tota* solvitur *obligatio.*

l. 31. §. 1. de nov. 46, 2: fere autem convenit et uni recte solvi, et unum judicium petentem *totam rem* in litem deducere, item unius acceptilatione perimi utrisque obligationem.

Die Worte tota obligatio, tota res bedeuten nach der Ausführung in §. 20. S. 244 f. die Gesammtobligation, als die Summe der Sonderobligationen. Auch ist die wiederholentliche Zusammenstellung der L. C. mit der Solutio und Acceptilatio zu betonen; ist es richtig, daß durch diese stets alle Sonderobligationen getilgt werden (oben §§. 26. 27), so muß auch das Gleiche von der L. C. gelten. — Anhänger der Kellerschen Ansicht über processualische Consumtion möchten dem vielleicht entgegentreten. Bekanntlich findet Keller[1])

1) Litiscont. §. 19. S. 111

den Gegenstand und das Maß der processualischen Consumtion formell in der Intentio ausgedrückt; nun kann aber kein Zweifel darüber bestehen, daß bei der Formula über eine Correalobligation bloß des Einen Correus gedacht war [1]), und so gewinnt es den Anschein, als ob nur dessen Sonderobligation consumirt worden ist. Indeß läßt sich behaupten, daß dieselben Worte, welche die eine Sonderobligation ausdrücken, in gleicher Weise die übrigen Sonderobligationen bezeichnen; es geht dies daraus hervor, daß, wenn der gemeinsame Gläubiger bloß die Forderung an einen Correalschuldner hinterläßt, der Erbe dennoch dem Legatar die Klagen gegen alle Correi cediren muß [2]). Also dürfte schon vom Kellerschen Standpunkt nichts gegen unsre Deduction einzuwenden sein. Noch weniger ist dies vom Bekkerschen Standpunkt aus zuläßig, da Bekker [3]) (u. E. mit Recht) annimmt, daß der eingeklagte Anspruch in der Formel der Regel nach keinen selbständigen Ausdruck erhält. —

Der Satz „die processualische Consumtion tritt ein" bedeutet, es ist kein neuer Proceß über die Obligation zuläßig [4]) der naturale Bestandtheil der Obligation dauert fort; daraus folgt weiter, daß der naturale Bestandtheil nicht nur für den processirenden, sondern auch für den nicht processirenden fortdauert. Fast möchten wir uns für beides — während man es gewöhnlich für unerweislich aus den Quellen hält — auf l. 28. C. de fid. 8. 41. berufen; denn

1) l. 93. pr. de sol. 46. 3. („quodsi intendat dari *sibi* oportere"..); Keller a. a. O. S. 418. 443. Bekker proc. Cons. S. 223 a. E. Rückert in Ztsch. f. Civ. u. Pr. N. F. 12, 49.

2) l. 82. §. 5. de leg. I. l. 13. pr. de leg. II. Selbst Fitting (Corr. S. 184) giebt zu, daß „die Nennung eines Correus im Legat bloß als Beisatz zur Bezeichnung und Individualisirung des ganzen Forderungsverhältnisses sich auffassen läßt". Trotzdem aber hat Fitting S. 62 ff. und außer ihm noch Rückert a. a. O. S. 48. und Samhaber Corr. S. 96. die Kellersche Ansicht über die Litiscontestation mit deren Wirkung bei Correalobligationen für unvereinbar erklärt.

3) Proc. Cons. §§. 6. 7.

4) Von der Richtigkeit der Ansicht Windscheids (Actio S. 54 ff.: die eingeklagte Forderung dauert nicht nur naturaliter, sondern auch civiliter fort, beides aber nur insofern, als die Actio im Proceß realisirt ist) habe ich mich nicht überzeugen können.

nachdem der Kaiser verordnet, daß die Litiscontestation nicht mehr die allgemein liberatorische Wirkung haben solle, fährt er fort:

> sed manere jus *integrum*, donec in solidum pecuniae persolvantur.

Er verordnet: manere jus *integrum;* wäre bisher durch Litiscontestation auch der naturale Bestandtheil der Obligation, d. h. also die ganze Obligation untergegangen, so hätte seine Verordnung lauten müssen: sed manere jus, ohne Hinzufügung des Wortes integrum. Daher sagt auch der Kaiser im weiteren Fortgang des Gesetzes, nachdem er von den Bürgen zu Correi übergegangen, statt jener Worte: sed remanere ipsi creditori *actiones* integras. Nur ein neuer Proceß war vor Justinian durch den früheren ausgeschlossen, man durfte nicht mehr dare facere oportere intendiren; der naturale Bestandtheil der Obligation war geblieben. — Wie es aber auch mit diesem Beweismittel steht: jedenfalls läßt sich mit Sicherheit behaupten, daß sich das Gegentheil nicht erweisen läßt. Fitting jedoch behauptet dies unter Berufung auf zwei Argumente.

Zuerst[1]) provocirt er auf die nach der L. C. gebrauchten Worte: solutus est, liberatur correus, auf die Zusammenstellung der Litiscontestation und Zahlung in ihrer Wirkung, doch giebt er zugleich zu, daß das Argument nicht gewichtig sei, weil Beides sich in Fällen findet, in denen es sich nur um processualische Consumtion handelt.

Sein zweites Argument ist l. 16. de d. r. 45, 2:

> (Gai. l. 3. de verb. obl.) ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam nihil agit.

Samhaber[2]) hat drei Auswege für möglich, keinen für befriedigend gehalten und ist dennoch Gegner von Fitting geblieben. Auch Windscheids[3]) Erklärung, wonach die L. C. den naturalen und

1) Corr. S. 68. 69. N. 78.

2) Corr. S. 97 f. Er meint zuerst, der naturale Fortbestand der eingeklagten Forderung sei nicht unbestritten; sodann recurrirt er auf Windscheid's Ansicht über L. C., und endlich nimmt er die nat. obl. an, fügt aber hinzu, sie hätte im Falle der l. 16. nicht alle Wirkungen.

3) Krit. Viertelj. 3, 173 f.

civilen Bestandtheil der Obligation nur insofern fortdauern läßt, als die Obligation im Proceß geltend gemacht ist, können wir nicht beitreten.

Man hat sich bisher bei der Interpretation der Lex zu wenig an ihre Worte gehalten; es heißt darin nicht, daß der Schuldner *geleistet*, sondern nur, daß er die Leistung einem nichtklagenden Correalgläubiger *angeboten* habe: promissor *offerendo* pecuniam nihil agit; um die Wirkung der *Anbietung* handelt es sich, und diese, nicht die Zahlung, wird von Gaius für wirkungslos erklärt. In welcher Lage befindet sich nun aber ein Schuldner, welcher verklagt wird und während des Processes anbietet? Offenbar ist er in Mora; ich behaupte nicht, daß die Litiscontestation allein ihn in Verzug gebracht hat, sondern daß diese in Verbindung mit der nachherigen Anbietung die Mora erweist; es muß daraus der Richter die Ueberzeugung gewinnen, daß der Verklagte nur deshalb angeboten hat, weil er die Richtigkeit von der Schuld nicht länger bestreiten konnte; bekanntlich aber bewegt sich der Richter bei Feststellung der Mora in der freiesten Weise[1]). Wenn nun der Schuldner in Mora ist, so kann die *Anbietung* bei einer *nicht correalen* Obligation höchstens folgende zwei Wirkungen haben:

1) der Gläubiger, welchem angeboten wird, wird, weil er das Angebotne zurückweist und es also nicht zur Zahlung kommen läßt, in Mora versetzt;
2) der anbietende Schuldner wird von seiner Mora frei, weil die frühere Mora durch die spätre des Gegners aufgehoben wird, und ad 1. vorausgesetzt ist, daß der Gläubiger moros geworden sei.

Sehen wir nun zu, wie sich diese Wirkungen in der *Correal*obligation stellen. Wir wollen dabei zwei Fälle unterscheiden, je nachdem der Schuldner noch gar nicht oder von dem einen Correalgläubiger verklagt worden ist.

---

1) L. 32. pr. de usur. 22, 1: ... Divus Pius Tullio Balbo rescripsit an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla neque juris auctorum quaestione decidi posse, *quum sit magis facti quam juris.* Vgl. ferner die Ausführung Savigny's im System Bd. 6. §. 264. Anm. 9. S. 83. 84.

Ist der Schuldner noch gar nicht verklagt, sondern bloß von dem Correalgläubiger A interpellirt und hierdurch in Mora versetzt worden, so macht er, wenn er hierauf dem Correalgläubiger B offerirt, diesen zwar moros, sich selbst aber befreit er von seiner Mora nicht, weil in der Correalobligation die Regel gilt: unicuique sua mora nocet (oben §. 24. S. 278); mit andren Worten: von den beiden oben aufgeführten Wirkungen tritt zwar die erste, nicht aber die zweite ein.

Wie aber, wenn A geklagt hat, während des Processes der Schuldner in Mora kommt, und er nun dem B offerirt? Das ist der Fall unsrer l. 16. Nehmen wir jetzt an, daß B wegen der durch den Proceß herbeigeführten Consumtion bloßer Naturalgläubiger ist, so können wir sofort behaupten, daß er nicht in Mora kommt, wenn er die vom Schuldner gemachte Anbietung zurückweist[1]), denn:

nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla est petitio

sagt Scävola in l. 88. de reg. jur. 50, 17. Diese Ler ist ein Ausschnitt aus l. 127. de verb. obl. 45, 1:

> Si pupillus sine tutoris auctoritate Stichum promittat et fidejussorem dedit, servus autem post moram a pupillo factam decedat, nec fidejussor erit propter pupilli moram obligatus; *nulla* enim intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est . . .

und man möchte deshalb auf Grund dieses practischen Falles behaupten, daß bei einer Naturalobligation zwar keine mora *debendi*, wohl aber eine mora *accipiendi* möglich, daß also unsre Beweisführung bei l. 16. cit., wo es sich um mora accipiendi handelt, nicht gelungen sei. Allein dieser Einwand ist nicht begründet. Einmal wegen des Wortausdrucks: *nulla* intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est; wiewohl der vom Juristen angeführte practische Fall nur eine mora debendi betrifft, so stellt doch der Jurist eine ganz allgemeine Regel auf, und erklärt: keine Mora, weder die des Schuldners noch die des Gläubigers, ist in der klaglosen

1) S. auch Brinz Pand. S. 551. Schwanert Naturalobl. S. 169 f. Vgl. ferner l. 54. de pact. 2, 14: Si pactus sim, ne Stichum, qui mihi debebatur, petam, non intelligitur mora mihi fieri; mortuoque Sticho puto non teneri reum, qui ante pactum moram non fecerat.

Obligation möglich. Sodann aber giebt es auch einen innern Grund für die Ausschließung beider Arten von Mora; wer nämlich blos die mora debendi für unmöglich erklärt, mißt den Gläubiger und Schuldner mit ungleichem Maße und begeht demnach ein materielles Unrecht.

Wir gelangen also zu folgendem Resultat in der Interpretation von l. 16. cit. Weil der nichtklägerische Correalgläubiger bloßer Naturalgläubiger ist, so ist er durch die Anbietung des Schuldners nicht in Mora versetzt worden; selbstverständlich ist der Schuldner von seiner Mora, in welcher er sich dem Kläger gegenüber befand, nicht befreit worden; mit andern Worten: die Anbietung ist durchaus wirkungslos geblieben, und zwar liegt der Grund in dem von dem einen Correalgläubiger angestellten Processe; denn wäre dieser nicht angestellt gewesen, so hätte die Anbietung zwar nicht die Befreiung des Schuldners von der Mora zur Folge gehabt, wohl aber wäre dadurch derjenige Gläubiger, an welchen die Anbietung erfolgte, in Mora versetzt worden. Kurz: die l. 16. stimmt nicht allein mit der Annahme, daß nach der Litiscontestation des einen Correalgläubigers der andre noch Naturalgläubiger bleibt; sie ist vielmehr nur durch diese Annahme zu erklären. Nur das bisherige Verständniß der l. 16. ist ein unrichtiges; man hätte nicht auf Grund derselben behaupten sollen, daß der verklagte Schuldner, der an den nichtklagenden Correalgläubiger Zahlung leistet, nicht befreit werde; dies ist eben so sicher unrichtig, als die Sabinianer (und l. 16. rührt von dem Sabinianer Gaius her) dem Grundsatz „omnia judicia sunt absolutoria" eine allgemeine Geltung vindicirt haben, und als derselbe seit dem Aufhören der Juristenschulen unbestritten feststeht [1]).

Bleibt nun in dem nicht processirenden Correus trotz der L. C. eine natur. obligatio zurück, so ist auch zugleich ausgesprochen, in welcher Weise bei einer zweiten Klage die Defension des Verklagten eingerichtet sein muß. Sie wird in den Fällen des judicium legitimum mit formula in jus concepta eine negative Litiscontestatio,

1) Gai. 4, 114. §. 2. J. de perp. et temp. act. 4, 12. Savigny System 6, 61. Bekker proc. Cons. S. 329 f. Rudorff Röm. Rechtsg. II. §. 80. Keller Civilpr. §. 67.

sonst die exc. rei in judicium deductae resp. rei judicatae sein. Dies war auch bisher die Ansicht der Anhänger der Einheitstheorie[1]); Fitting[2]) hat zur Unterstützung seiner Alternativitätstheorie jene Ansicht geleugnet, und die Behauptung aufgestellt, die Defensio sei stets die negative Litiscontestatio; allein Fitting hat uns nicht überzeugt. Seine Deduction hat nur gezeigt, daß l. 7. §. 1. de exc. möglicherweise der herrschenden Ansicht keine Stütze bietet[3]), allein es giebt ein viel redenderes Zeugniß für diese, welches Fitting gar nicht beachtet hat: die l. 21. §. 4. de evict. 21, 2, welche lautet:

> Si plures mihi in solidum pro evictione teneantur, deinde post evictionem cum uno fuero expertus, si agam cum ceteris, *exceptione* me esse repellendum,

eine Stelle, welche zwar auch auf Erben eines Verkäufers[4]), sicherlich aber auch auf mehrere correale Verkäufer bezogen werden kann[5]). — Die andren Gründe Fittings haben u. E. kein Gewicht; um den Zusammenhang nicht zu stören, verweisen wir ihre Widerlegung in die untenstehende Note[6]). — —

---

1) Keller Litiscont. S. 438. 439. 442. Ribbentropp S. 13. 14. Savigny Obl. R. 1, 180.

2) Corr. S. 206—208.

3) Nach dieser Ler opponirt der Bürge die exc. rei jud.; Fitting hat gezeigt, daß in gewissen Fällen, selbst wenn die Litiscontestatio ipso jure consumirt hätte, der Bürge dennoch in die Lage kommen kann, die exc. rei jud. zu bedürfen. — Wir würden schon um deshalb kein Gewicht auf die Ler gelegt haben, weil der Bürge uns nicht ein Correus ist; um so mehr betonen wir die im Text folgende l. 21. §. 4. de ev.

4) L. 62. §. 1. de ev. 21, 2. l. 85. §. 5. l. 139. de v. o. 45, 1.

5) Demangeat de obl. sol. S. 74. Fritz in Zschr. f. Civ. u. Pr. 19, 96 f. N. 241. a. E.

6) Die Gründe sind folgende:

a) Die Worte liberari, solvi, welche von dem nicht processirenden Correus gebraucht werden, sollen eine Befreiung ipso jure bedeuten; hiergegen vgl. l. 3. §. 3. de lib. leg. 34, 3. l. 68. de fid. 46, 1. l. 9. §. 3. de jurej. 12, 2. l. 10. pr. si quis caut. 2, 11. l. 8. pr. de neg. gest. 3, 5. l. 15. de d. r. 45, 2. l. 4. §. 7. de re jud. 42, 1. l. 54. de sol. 46, 3. l. 45. §. 7. mand. 17, 1. Mit Unrecht giebt Fritz in Zschr. f. C. und Pr. 19, 96. N. 241. zu, daß solvi eine Aufhebung der Obligation ipso jure bedeutet, man sehe die citirten l. 4. §. 7. de re jud. und l. 54. de sol. 46, 3.

So weit das vorjuſtinianeiſche Recht. Die l. 28. C. de fid. 8, 41. hat bekanntlich eine Aenderung herbeigeführt, über deren Umfang die Meinungen unſrer Juriſten auseinandergehen; es herrſcht Streit, ob jene Verordnung bloß die paſſive oder auch die active Correalobligation betrifft. Es iſt aber zuletzt die Anſicht, welche jenes Geſetz bloß auf die paſſive Correalobligation bezieht, mit ſo eingehender Gründlichkeit und ſo gewandter Feder von Fitting[1]) vertheidigt worden, daß wir auf ſeine Darſtellung verweiſen können.

Bezieht ſich nun aber l. 28. auf die paſſive Correalobligation, ſo entſteht jetzt die neue Frage, welchen Einfluß das Urtheil[2]) auf die nichtproceſſirenden Correalſchuldner hat?

---

b) In l. 2. de d. r. 45, 2. werde die L. C. mit Solutio und Acceptilatio zuſammengeſtellt; dies wurde oben S. 364. von uns gleichfalls bemerkt, bleibt aber doch immer ein ſchwaches Argument, das nicht ſelbſtändig iſt, ſondern nur andre unterſtützt.

c) In l. 116. de verb. obl. 45, 1. und l. 28. C. de fid. 8, 41. werde der L. C. dieſelbe Wirkung beigelegt wie der Solutio, und daſſelbe ergebe ſich aus l. 1. §. 43. dep. 16, 3. l. 7. §. 4. quod falso tut. 27, 6. l. 3. l. 4. his qui eff. 9, 3. Das können wir nur einfach beſtreiten.

d) Die exc. rei in jud. ded. ſei im neueſten Recht zugleich mit der proceſſualiſchen Conſumtion weggefallen, und es hätte alſo nicht eines ausdrücklichen Geſetzes (der l. 28. C. de fid.) bedurft, während dieſes nothwendig war, wenn bisher die L. C. alle Correi ipso jure und vollſtändig befreite. Allein dieſes Argument ſetzt die Kellerſche Anſchauung über proceſſ. Conſumtion voraus; nach Bekker (und ihm treten wir bei) giebt es eine ſolche noch im neueſten Recht; vgl. auch Brinz Pand. §. 45. Wetzell Civilpr. S. 81. Buchka Einfluß des Proceſſes 2, 1—41. Windſcheid Actio S. 65 f.

1) Corr. §. 38. Seine Gründe ſind folgende:

a) Die Worte der Conſtitution gehen nur auf Correalſchuldner;

b) Der von Juſtinian genommne Ausgangspunkt (Mandatoren und Fidejuſſoren) paßt nur auf Correalſchuldner, nicht auf Correalgläubiger;

c) in den Digeſten findet ſich das ältre Recht hinſichtlich der Correalſchuldner nur ein einziges Mal und auch hier nur beiläufig erwähnt (in l. 116. de v. o. 45, 1), ſonſt überall durch Interpolationen oder Streichungen vertilgt (namentlich iſt l. 2. de de r. 45, 2. verſtümmelt); hinſichtlich der Correalgläubiger hingegen findet ſich das ältre Recht ſehr häufig (l. 2. l. 16. de d. r. 45, 2. l. 5. de fid. 46, 1. l. 31. §. 1. de nov. 46, 2). — Uebrigens haben wir eine zweite Spur des vorjuſt. Rechts bei paſſ. Correalobl. in l. 29. de lib. leg. gefunden; ſ. §. 28. S. 323. N. 2.

2) Bisher handelten wir ſtets von der Litisconteſtatio.

Ist es freisprechend, so berufen sich Viele[1]) auf l. 42. §. 3. de jurej. 12, 2.[2]), wonach das zu Gunsten eines Principalschuldners ergangne Urtheil wie der Eid dem Bürgen und umgekehrt nützt, und wollen dasselbe auf reine Correi anwenden, da sie ja den Bürgen für einen Correus halten. Mit Recht wird von Andren[3]) hiergegen geltend gemacht, daß Pomponius nur deshalb von res judicata redet, weil sie eine größre Aehnlichkeit mit dem abgeleisteten liberatorischen Eide hat als die Litiscontestatio; strenggenommen aber hätte er von der Litiscontestation reden müssen. Wir unsrerseits halten überhaupt einen Schluß von Bürgen auf Correi für unzulässig, und dürfen deshalb jene Lex noch weniger als beweisend gelten lassen. — Trotzdem treten wir im Resultat Ribbentropp und seinen Anhängern bei; denn l. 28. beseitigt nur diejenige Consumtion, die bei verurtheilendem Erkenntniß eintrat, während sie die bei freisprechendem Erkenntniß eintretende bestehen[4]) läßt[5]).

Ist das Urtheil condemnatorisch, so versteht es sich von selbst, daß es gegen den nichtprocessirenden Correus nicht exequirt werden kann[6]); denn die Verurtheilung geschah auf Grund der vom Verklagten übernommnen obligatio condemnari oportere (Proceßobligation), an welcher der nichtprocessirende Correus keinen Theil hatte. Es muß demnach gegen den zweiten Correus ein neuer

1) Ribbentropp Corr. S. 262 f. Savigny Obl. R. 1, 190. Vangerow 1, 324 f.

2) Sie lautet: item si reus juravit, fidejussor tutus sit, quia et res judicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret.

3) Kuntze Obl. S. 213 f. Fitting Corr. S. 71.

4) Wir heben nochmals hervor, daß wir mit Bekker auch im neuesten Recht eine processualische Consumtion annehmen.

5) Natürlich wird vorausgesetzt, daß die Freisprechung nicht etwa deshalb erfolgte, weil der Verklagte nicht zu den Correalschuldnern gehöre; denn wäre dies der Fall, so wäre gar keine Consumtion der Obligation vorhanden. So auch Vangerow 1, 325. Devorzak in krit. Ueberschau 4, 68. Fritz in Zschr. f. Civ. u. Pr. N. F. 19, 110. (am Ende des §. 26); von ältren Schriftstellern ist Lauterbach Coll. 45, 2. §. 29. zu erwähnen. Für die heutige Zeit will Fitting Corr. S. 254. N. 264. das freisprechende Urtheil keinem andren Correus zu Gute kommen lassen.

6) So auch Savigny Obl. R. 1, 191. unter Berufung auf den Eid.

Proceß angestellt werden; hier aber frägt es sich, ob der Vorproceß auf den spätren einen Einfluß äußre[1])? Bedarf es hier einer neuen Feststellung der Correalobligatio oder braucht bloß festgestellt zu werden, daß im Vorproceß bereits eine den jetzigen Verklagten betreffende Entscheidung ergangen ist? Wir entscheiden uns für letztres, und berufen uns hierfür auf die Analogie der Gesammtservitut. Was in dem Proceß eines Gesammtservitutberechtigten resp. gegen einen Gesammtservitutverpflichteten hinsichtlich der Gesammtservitut festgestellt wird, nützt und schadet den übrigen[2]); im spätren Proceß handelt es sich nur darum, ob Kläger resp. Verklagter Miteigenthümer des herrschenden resp. dienenden Grundstücks ist. Ein Gleiches werden wir in §. 34. bei dem Eide eines Correus finden. Das muß auch bei dem condemnatorischen Urtheil gelten; alle Exceptionen also, welche den Correi insgesammt zustanden und im ersten Proceß verworfen sind, dürfen im spätren Proceß nicht vorgebracht werden; es ist nunmehr lediglich zu untersuchen, ob der neue Verklagte zu den Correi gehört, und ob er Einreden habe, welche nur ihn betreffen, z. B. ob er Minor, oder bei einer correalen Darlehnsobligation ob er Filiusfamilias sei. — Allerdings liegt es hierdurch in der Hand eines Correalschuldners die Lage der Mitschuldner zu verschlechtern; allein wenn wir früher (§. 25. III.) ausführten, daß die Correalschuldner hierzu nicht befugt seien, so ist zu beachten, daß es sich hier um Feststellung einer Obligation handelt, ein Act, welcher nicht vom Correalschuldner, sondern vom Richter ausgeht. — —

Soweit unsre Auffassung. Werfen wir zum Schluß einen Blick auf die Ansichten der bisherigen Schriftsteller.

Man mag hinsichtlich der processualischen Consumtion Keller oder Bekker beitreten: die Wirkung derselben bei der Correalobligation ist, wenn man der reinen Einheitstheorie folgt, nicht zu erklären, da es ohne Identität der Personen keine processualische Consumtion giebt[3]).

---

1) Diese Frage behandelt Savigny nicht.
2) Oben Abschn. 4. §§. 9. 10. 12. S. 141 f. 148. 161 f.
3) Fitting Corr. S. 62–66.

Noch weniger freilich durfte Kuntze [1]), Rückert [2]) und Helmolt [3]) Anhänger finden. Kuntze sucht der L. C. Solutionscharacter zu vindiciren; es ist ihm dies durchaus nicht gelungen; aber dies selbst zugegeben: worin liegt der Ursprung dieses Solutionscharakters? Ist etwa Solutio älter als Litiscontestatio und deshalb „Krystallisationskern", an welchen „letztre als junger Ansatz anschoß" [4])? — Rückert's Begünstigungs- und Helmolt's [5]) Interpretationstheorie entziehen sich jeder Polemik.

Scharfsinnig in ihren Grundgedanken, mosaikartig-genau im Detail ausgearbeitet ist die Theorie von Fitting; nicht zu verwundern ist es also, daß er sich unbedingte oder doch wenigstens theilweise Zustimmung und Anerkennung verschafft hat [6]). Dennoch tragen wir kein Bedenken, ihm durchweg entgegenzutreten. Vermöge seiner Auffassung der Correalobligation als einer subjectiv ungewissen ist es Fittings Aufgabe die Acte zu bestimmen, welche jene Ungewißheit beseitigen. Als ersten und hauptsächlichsten Act dieser Art stellt er die Litiscontestatio [7]) hin; es lassen sich seiner Meinung nach deren Wirkungen nach dem bloßen Consumtionsprincip nicht erklären; denn obgleich die Consumtion bereits abgekommen, habe doch Justinian ein eignes Gesetz erlassen, worin er den Rechtssatz von der Befreiung aller Correalschuldner durch L. C. mit Einem aufhob; obgleich die L. C. sonst nur den civilen Theil der Obligatio consumire, habe sie bei Correalobligationen auch die naturale Substanz derselben ergriffen; obgleich die Consumtion ein-

1) Obl. S. 180 ff.

2) Zschr. f. Civ. u. Pr. N. F. 12, 47 ff.

3) Corr. S. 145. 146.

4) Dies ist auch Fittings Urtheil über Kuntze. (Corr. S. 59. N. 62).

5) Sonderbar ist Helmolts Ausdruck „die unglückliche Litiscontestation" (Corr. S. 99). Man kann das Wort Helmolt zurückgeben: nicht die Litiscontestation, sondern Helmolts Anschauung von ihr wie von der Correalobligation überhaupt ist keine glückliche.

6) Stinzing nämlich (krit. Viert. 1, 509 f.) ist ihm vollständig, Windscheid (ebend. 3, 172), soweit es sich um die in der L. C. liegende electio handelt, beigetreten. Auch Fritz gehört zu seinen Anhängern, wenn er auch davon schweigt.

7) Warum gerade diese? Warum nicht auch Interpellatio? Warum nicht schon vor Fälligkeit der Schuld die Erklärung eines Correalgläubigers, er wolle die Forderung auf sich fixiren? Warum nicht die Eideszuschiebung?

getreten, so sei doch der Proceß res inter alios acta gewesen, und der nichtprocessirende Correus hätte sich deshalb streng genommen nicht darauf berufen dürfen. Diese Einwendungen versuchten wir in unsrer bisherigen Darstellung zu widerlegen. Um deren Resultate kurz zu recapituliren: so ist l. 28. C. de fid. nicht überflüßig gewesen, weil es zu Justinians Zeiten wie noch heutigen Tages eine processualische Consumtion giebt; die L. C. vernichtet nicht den naturalen Bestandtheil der Correalobligation, und zwar selbst nicht bei der activen Correalobligation, so daß hier die an den nichtprocessirenden Correus geschehene Zahlung die Correalobligation aufhebt; endlich ist der Proceß auch für den nichtprocessirenden Correus keine res inter alios acta: denn er betrifft die Gesammtobligation d. h. das Fundament und die Summe aller Sonderobligationen. Wenn dann Fitting noch den Sprachgebrauch der Quellen für sich anführt, wenn er behauptet, daß die Römer in der L. C. eine electio [1]) sehen, so kann man ihm dies nicht bestreiten: wenn der Gläubiger sich einen von mehreren herausgreift, so wählt er ihn; allein damit ist die Wirkung der L. C. durchaus nicht erklärt: nicht weil in der L. C. eine electio der Processirenden liegt, sondern weil dadurch eine Consumtion der Gesammtobligation geschieht, wird auch der nichtprocessirende Correus civiliter frei. Und bei dieser Deduction haben wir, nicht Fitting die Quellen zur Seite! Zumeist nämlich sprechen die Juristen kurzweg und ohne genaueres Eingehen von der in der L. C. liegenden electio; wenn sie aber die Wirkungen der L. C. begründen wollen, da gedenken sie der electio nicht, sondern stützen sich lediglich auf die Consumtion: l. 5. i. f. de fid. 46, 1. l. 31. §. 1. de nov. 46, 2. Auch muß Fitting es zugeben, daß alle Correi zusammen klagen und verklagt werden können; darf man auch in diesem Falle von einer Wahl, von einer Hebung der Ungewißheit sprechen, oder dauert nicht vielmehr die Ungewißheit bis zum Urtheil, ja bis zur vollstreckten Execution?

Endlich die Ansicht von Fritz [2]). Ueberall verwirft er die

1) Girtanner und Stinzing sprechen, wenn es sich um eine active Correalobligation handelt, von einer occupatio; auch Windscheid (krit. Vierl. 3, 172) hält dies für zutreffender.

1) Zschr. f. C. u. Pr. N. F. Bd. 19. §. 22—26.

Consumtionstheorie und deren Consequenzen; dagegen stellt er als Princip bei der activen Correalobligation die Prävention (occupare), bei der passiven die Wahl auf: das sind Begriffe, die wir bereits im Vorstehenden kennen gelernt und verworfen haben.

b) §. 34. Der Eid.

„Der Eid, schreibt Savigny [1]), hat eine zusammengesetzte juristische Natur, indem er zugleich als Vertrag anzusehen ist und als eine bindende Proceßhandlung". Doch scheint uns, daß dieses zwitterhafte Wesen des Eides aufgelöst werden kann; die Quellen selbst geben hierfür die Anleitung, indem sie sagen: »*proficiscitur* ex conventione«, und »*habet* instar judicii« [2]); erst die Folge davon, daß er möglicherweise falsch geschworen wird, ist daß er »loco solutionis, pro solutione cedit« [3]), wie Zahlung wirkt. Das heißt: Seinen Ursprung erhält der Eid durch einen Vertrag, der Vertrag ist der Grund seiner Wirkungen (profiscitur ex conventione), seinem Wesen nach aber ist er eine procualische Handlung, das Urtheil der Partei in eigner Person, die Feststellung ihres Rechts, die Leugnung ihrer Verpflichtung: habet instar judicii.

Nur diese Auffassung des Eides als Feststellungsmittel ist die richtige. Wer erklärt, daß durch den Eid eine Obligation aufgehoben oder erzeugt werde, der weist dem Meineid die Stellung des Rechtsgeschäfts zu. Wer den Eid als bloßes Feststellungsmittel ansieht, setzt in dem Schwörenden Wahrhaftigkeit voraus, und nimmt überall das, was beschworen worden, als das allein Richtige an.

Ist aber der Eid ein Feststellungsmittel der Obligation, so muß er zunächst denselben Grundsätzen wie die Litiscontestation unterliegen, d. h. durch den Eid des Correalgläubigers wird erwiesen, daß die Gesammtobligation, folgeweise alle Sonderobligationen vorhanden sind, durch den Eid des Correalschuldners, daß sie es nicht sind. Erst wo die processualische Consumtion anfängt, welche

1) System 7, 65.
2) l. 26. §. 2. de jurejur. 12, 2.
3) l. 27. l. 35. §. 1. de jurej. 12, 2.

mit der Litisconteſtation [1]) verbunden iſt, gehen Litisconteſtatio und Eid auseinander; der Eid des Correalgläubigers nimmt alſo nichts dem Mitgläubiger, der Eid des gemeinſamen Gläubigers befreit nicht den Correalſchuldner, welcher an der Eidesdelation keinen Antheil hatte.

Dieſen a priori entwickelten Schlußfolgerungen ſtimmen die meiſten Schriftſteller keineswegs bei. Letztre [2]) behaupten, es komme auf den Inhalt des Eides an: je nachdem er auf das Forderungsverhältniß ſelbſt oder bloß auf die Betheiligung des ſchwörenden Correus an demſelben gerichtet ſei, entſtehe für und gegen alle Correi oder bloß für und gegen einen einzigen die exceptio jurisjurandi. Unſres Erachtens wird dieſer Unterſchied in den Quellen [3]) nur bei dem Eide des Fidejuſſor gemacht; von duo rei hingegen heißt es in

> l. 28. pr. de jurej. 12, 2: In duobus reis stipulandi ab altero delatum jusjurandum etiam alteri nocebit. §. 3. Ex duobus reis promittendi ejusdem pecuniae alter juravit, alteri quoque prodesse debebit,

und wenn man in Rückſicht zieht, mit welcher Beharrlichkeit in allen Leges, welche von dem Eide des Fidejuſſor handeln, der Inhalt des Eides (de re et contractu — de persona) hervorgehoben wird, ſo iſt das Stillſchweigen der l. 28. über dieſen Inhalt das redendſte Zeugniß dafür, daß es hier auf den Inhalt des Eides nicht ankommt.

In der That iſt der hier ſoeben aus den Quellen nachgewieſne Unterſchied zwiſchen Bürgen und Correalſchuldner in der Verſchiedenheit ihrer Obligationen begründet. Durch den Eid des Correalſchuldners wird der den Sonderobligationen gemeinſame Urſprung abgeleugnet: die Geſammtobligation; deshalb muß er allen Correi

1) Nicht aber mit dem Eide; daher werden in l. 28. §. 10. de jurej. 12, 2. zwei ſich folgende extrajudicielle Eide erwähnt (ſ. Savigny Syſtem 7, 64); auch der gerichtliche Eid bewirkt keine Conſumtion; l. 28. §. 1. l. 42. §. 1. de jurej. 12, 2; Bekker proc. Conſ. S. 97. 109—111.

2) Ribbentropp Corr. S. 262. Savigny Obl. R. 1, 184 ff. Fritz in Zſchr. f. Civ. u. Pr. N. F. 19, 88 f. Mit uns übereinſtimmend iſt Vangerow Pand. 3, 97. 109.

3) l. 28. §. 1. l. 42 §. 1. de jurej. 12, 2. l. 1. §. 3. quar. rer. act. 44, 5.

zu Gute kommen. Bei dem Eide des Bürgen ist dies an und für sich, d. h. so lange nicht ein andrer Umstand (das juramentum de ipso contractu et de re) hinzukommt, nicht möglich; denn die Verbindlichkeit des Bürgen hat einen ganz andren Ursprung als die Hauptobligation; leugnet er die erstre eidlich ab, so ist für die letztre noch gar nichts erwiesen, und daher nützt sein Eid, si de persona jurantis agitur, dem Hauptschuldner nichts. Anders verhält es sich freilich, si ideo interpositum est jusjurandum ut de ipso contractu et de re, non de persona jurantis ageretur; hier handelt der Bürge als Negotiorum gestor des Hauptschuldner; auf den ersten Anblick scheint es, als sollte deshalb dem letztren nicht die exc. jurisjurandi, sondern die exc. doli gegeben werden; allein die exc. jurisj. ist keine wahre Exceptio; denn der Eid stellt das ganze Rechtsverhältniß, worüber geschworen worden, und namentlich auch den naturalen Bestandtheil der Obligation als nicht vorhanden fest [1]); die Exceptio ist bloß die Form, in welcher der Eid geltend gemacht wird; bei solcher Sachlage war nicht die exc. doli, sondern nur die exc. jurisj. das geeignete Mittel, daher auch diese in l. 42. §. 1. de jurej. dem Schuldner gegeben wird.

Eben deshalb weil der Bürge, welcher de ipso contractu et de re schwört, nicht in seiner Qualität als Bürge, sondern als Negotiorum gestor handelt, ist es ganz gleichgiltig, ob er der gewöhnliche Fidejussor oder ob er z. B. bloß fidejussor judicio sistendi causa ist [2]). Es kann der Gläubiger irgend jemandem, der zu dem Schuldner in gar keinem Rechtsverhältniß steht, den Eid de ipso contractu et de re deferiren, und es wird der Schuldner, wenn jener schwört, in ganz gleicher Weise die exc. jurisj. erwerben, wie denn auch ein solcher dem defensor absentis vel praesentis zugeschobne Eid mit der gedachten Wirkung in l. 42. §. 2. de jurej. erwähnt wird; es ist kein Grund vorhanden, die Vorschrift dieser Lex auf das jusjur. in jure delatum zu beschränken und die Wirkung des Eides mit dem begonnenen Proceß in Verbindung zu bringen; das jusjur. voluntarium muß ganz dieselbe

1) Savigny System 7, 66. l. 40. l. 42. pr. de jurej. 12, 2. l. 43. de cond. ind. 12, 6. l. 95. §. 4. de sol. 46, 3.

2) Beide werden daher in l. 28. §. 2. de jurej einander gleichgestellt

Wirkung äußern; denn es ist allgemeiner Grundsatz des R. R., daß jeder die Lage eines Andren selbst wider dessen Willen und Wissen verbessern könne [1]).

Aus diesen Grundsätzen ist l. 28. §. 2. de jurej. zu erklären: Si ei, qui debitorem meum in judicium exhibere promisit, jusjurandum detulerim, isque juraverit, se omnino exhibitionem ejus non promisisse, prodesse debitori meo id non debet; si vero juraverit, se nihil mihi praestare oportere, distinguendum sit et replicatione emendandum, utrum ideo juraverit, an quia post promissionem exhibuerit, an vero quia solverit. Quod et in fidejussore debiti distinguendum est.

Aus dieser Lex hat Fitting [2]) die Behauptung gezogen, daß die Wirkung des Eides bei der Correalobligation nicht auf deren einheitliche Natur zurückzuführen, indem auch bei verschiednen Obligationen, die höchstens im Verhältniß der Solidarität zu einander ständen, der Eid des Einen Schuldners dem Andren nütze. Windscheid wie Samhaber [3]) haben diese Behauptung anerkannt; sie ist indessen keineswegs zuzugeben. Denn außerhalb der Correalobligation nützt der Eid des Einen dem Andren nur dann, wenn der Schwörende als Negotiorum gestor des Andren auftritt, wie das immer der Fall ist, wenn er den Eid schwört, weil der Gläubiger bereits befriedigt sei. Innerhalb der Correalobligation nützt der Eid des Einen dem Andern ganz ohne Rücksicht auf die Meinung des Schwörenden, — weil nämlich durch den Eid die Gesammtobligatio als nicht vorhanden festgestellt wird. —

Die Differenzen in den Wirkungen des Eides bei den Correal- und den Solidarobligationen treten noch schärfer hervor, wenn wir Fälle betrachten, welche in den Quellen nicht behandelt sind. Nach unsrer Ansicht kann, wenn ein Correalgläubiger geschworen, auch ein andrer Correalgläubiger die utilis actio, gestützt auf die bloße Eidesleistung, anstellen — dies nicht bloß beim außergerichtlichen Eide, sondern auch beim gerichtlichen, wenn etwa der schwörende

1) Vgl. die Nachweisungen in §. 22. S. 267. N. 1.
2) Corr. S. 72 f.
3) Windscheid in fr. Vierk. 3, 172. Samhaber Corr. S. 100.

Gläubiger nicht sofort nach der Eidesleistung die Klage selbst anstellt[1]). Bei den Solidarobligationen würde dies nur dann Statt finden, wenn der Schwörende zugleich als Negotiorum gestor des andren Solidargläubigers gehandelt hat. Schwört der gemeinsame Gläubiger, dem der Eid durch Einen Correalschuldner deferirt worden, den Eid, so kann nach unsrer Ansicht der Gläubiger auch gegen den andren Correalschuldner[2]) die actio utilis anstellen[3]); bei den Solidarobligationen würde dies nicht möglich sein, da, wenn ein Solidarschuldner nicht bloß für sich, sondern auch für den andren Solidarschuldner den Eid deferirt hätte, die Rechtsregel zur Anwendung käme, daß Niemand die Lage eines Andren wider dessen Willen verschlechtern könne[4]).

Diese Consequenzen leugnet Savigny[5]); allein die von ihm angeführten Gründe haben uns nicht überzeugt. Der erste Grund ist ein juristischer: der Eid dari non oportere werde in l. 27. und l. 28. §. 1. de jurej. der Zahlung gleichgestellt, was von einem Eide dari oportere nicht gelten könne; diese Vergleichung hat aber durchaus einen andren Sinn, sonst müßte der Eid des Bürgen, auch wenn er bloß de persona und nicht de ipso contractu et de re geschworen, zu Gunsten des Hauptschuldners wirken; vielmehr bedeuten die Worte »loco solutionis cedit« und ähnliche bloß, daß der Eid wie Zahlung wirkt, d. h. den naturalen Bestandtheil der Obligation aufhebt[6]). Der zweite Grund von Savigny ist ein practischer: bei

1) Natürlich kann der gemeinsame Schuldner behaupten, der jetzige Kläger sei nicht Correalgläubiger, d. h. negative litem contestiren; allein Exceptionen sind ihm auch diesem Kläger gegenüber abgeschnitten, wenn sie nicht gegen diesen speciell gehen, z. B. pact. de non. pet.

2) Natürlich kann dieser noch immer behaupten, er sei nicht Correalschuldner, d. h. negativ litem contestiren, allein Exceptionen sind ihm abgeschnitten, wenn sie ihm nicht eigenthümlich sind, z. B. exc. sct. Macedon. Daß nach neuerem Recht das Urtheil gleiche Wirkung hat, ist bereits oben §. 33. S. 373. bemerkt.

3) Daher bezogen wir hierher im §. 24. die l. 18. de d. r. 45, 2. Es scheint hier, als ob der Deferent die Lage seines Genossen verschlechtre; dies ist nicht so: er stellt nur die Obligation fest, die sonst auf andre Weise festgestellt werden würde.

4) l. 8. §. 5. de nov. 46, 2. l. 39. de neg. gest. 3, 5.

5) Obl. R. I, 187.

6) In l. 35. §. 1. de jurej. wird der Eid auch mit Vertrag und Judicium

dem Eide dari oportere sei ein geringres Bedürfniß vorhanden gewesen für die Ausdehnung der Eideswirkungen auf andre Personen —; allein es handelt sich nicht um legislative Fortbildung der Rechtssätze, sondern um reine Rechtsconsequenz. Zudem wird, wie Savigny selbst bemerkt, ein ungleiches Recht zwischen beiden Parteien (Gläubiger und Schuldner) statuirt, wenn man dem Eide dari non oportere eine größre Wirkung als dem Eide dari oportere zuschreibt.

Was von Savigny nicht berücksichtigt ward, (daß nämlich der Eid als Feststellungsmittel, nicht als Aufhebungsact der Correalobligation in Betracht zu ziehen ist), das ist auch von den übrigen Schriftstellern nicht erwogen worden. Fitting sieht in dem Eide dari oportere eine Novation, in dem Eide dari non oportere eine prätorische Acceptilation; Kuntze vindicirt dem Eide dari non oportere Solutionscharacter, und ihm folgt Fritz; Rückert hält an seiner Begünstigungstheorie fest; Windscheid sieht in dem Eide ein pactum de non petendo, das aber „durch das Eigenthümliche seiner Bedingung eine besondre Kraft erhalte“ [1]).

10. §. 35. Heutige Unterschiede zwischen Correal- und Solidarobligationen.

Wie verwandt Solidar- und Correalobligationen unter einander sind, beweist ein Umstand mehr als viele andre: den schärfsten Civilisten bis in die Neuzeit ist der Unterschied entgangen und wer weiß, ob wir ihn heute hätten, besäßen wir nicht zugleich in Gaius eine Fundgrube für alten Römischen Proceß. Gewiß liegt deshalb die Frage nahe, wie es heutzutage mit jenem Unterschiede bestellt sei.

---

verglichen; mit diesen beiden aber kann nicht bloß der Eid dari non oportere, sondern auch der Eid dari oportere verglichen werden. Es ist aber besser, man sieht von solchen Vergleichen überhaupt ab; jeder Vergleich ist nur bis auf einen gewissen Punkt wahr, und deshalb ein gefährliches Mittel bei juristischen Deductionen.

1) Fitting Corr. S. 76 f. Kuntze Corr. S. 188. Fritz in Zschr. f. G u. Pr. N. F. 19, 88. 89. Rückert ebend. 12, 34. Windscheid kr. Viert. 3, 172.

Die Unterschiede, welche im neuesten R. R. zwischen Correal- und Solidarobligation u. E. stattfinden, sind folgende [1]):

1) Bei der Solidarobligation darf die Naturalerfüllung nur an alle Gläubiger zusammen geleistet werden, es sei denn daß die Leistung an einen nothwendig auch eine Leistung an die andren enthält; kommt es zur Geldcondemnation, so erhält der Gläubiger bloß sein (d. h. ein theilweises) Interesse [2]). Bei der Correalobligation hingegen darf an den einzelnen Gläubiger in natura erfüllt werden, und er erhält im Falle der Geldcondemnation das ganze Interesse.

2) Die Acceptilation Seitens eines Correalgläubigers wirkt zum Nachtheil aller Genossen; anders bei der Acceptilation eines Solidargläubigers [3]).

3) Die Novation eines Correalgläubigers oder mit einem Correalschuldner hebt je nach Absicht der Novirenden bald die Forderung von Allen und an Alle, bald von Einen und gegen Einen auf [4]); die des Solidargläubigers oder mit einem Solidarschuldner immer nur die Forderung des novirenden Gläubigers resp. die Schuld des novirenden Schuldners. Analog verhält es sich bei dem contrarius consensus, der Cession, der in integrum restitutio.

4) Die Litiscontestation eines Correalgläubigers consumirt noch nach Justinianischem Recht die ganze Obligation; anders bei der Solidarobligation. — In der passiven Correalobligation wirkt das freisprechende Urtheil zu Gunsten Aller, das verurtheilende

---

1) Uebrigens finden nicht alle Unterschiede bei beiden Arten der Solidarobligationen Statt, vielmehr einige nur bei den Solidarobligationen erster Art (Versprechen eines untheilbaren Gegenstandes); das rührt daher, daß die Solidarobligation zweiter Art in der Regel nur auf schuldnerischer, nicht auf gläubigerischer Seite vorkommt.

2) Arndts Pand. §. 216. Nur darin weichen wir von Arndts ab, daß wir selbst bei der Obligation auf Errichtung einer Servitut schon nach R. R. eine Verurtheilung pro parte annehmen, falls nicht Culpa hinzutritt; s. die Erklärung von l. 25. §. 10. fam. erc. 10, 2. in §. 16. S. 216 ff.

3) Die Acceptilation mit einem Solidarschuldner hingegen hat dieselbe Wirkung wie mit einem Correalschuldner; s. oben §. 27. S. 314 f.

4) Oben §. 28.

schneidet alle Einreden ab, welche nicht speziell dem einzelnen Correus zustehen, z. B. exc. scti Macedon.[1]). Anders bei den Solidarobligationen.

5) Der Eid des Correalgläubigers wirkt zu Gunsten aller Mitgläubiger, der des gemeinsamen Gläubigers schneidet alle Einreden ab, außer solchen, welche dem Correalschuldner, der den Eid nicht deferirt hatte, besonders zustehen (z. B. die exc. sct. Macedon.). Der Eid des Correalschuldners befreit alle seine Genossen, der Eid des gemeinsamen Schuldners befreit ihn von allen Correalgläubigern[2]). Anders bei den Solidarobligationen.

6) Das Constitutum des Correalgläubigers hat zur Folge, daß nur an diesen Zahlung geleistet werden darf, und die trotzdem an einen andren geleistete Zahlung die Obligation nicht aufhebt. Das Constitutum des Solidargläubigers hat diese Wirkung nicht, es bleibt vielmehr trotzdem bei den Grundsätzen sub 1.

7) Die Unterbrechung der Klagverjährung durch einen Correalgläubiger oder gegen einen Correalschuldner nützt und schadet auch den andren; anders bei der Solidarobligation.

8) Das beneficium divisionis steht nur einigen Solidarschuldnern zu (Considejussoren, Mandatoren, Vormündern, Magistraten), hingegen seit Nov. 99. allen Correalschuldnern[3]).

Fragen wir nun, ob diese Unterschiede noch heut fortbestehen, so kann bei den sub 1. 6. 7. 8. angeführten kein Zweifel erhoben werden, daß die Antwort im bejahenden Sinne zu geben ist[4]). Ebenso ist andrerseits unzweifelhaft, daß der Unterschied sub 5. heut fortgefallen ist; die Römischen Bestimmungen über den Eid betreffen bloß den Eid über das Dasein oder Nichtdasein eines Rechtsverhältnisses; die bloße eidliche Erhärtung von Thatsachen ist kein Surrogat für Litiscontestation und Urtheil. Da nun heut-

---

1) Oben §. 33.

2) Oben §. 34.

3) Ueber diese sehr bestrittne Frage s. besonders Savigny Obl. R. 1, 279—286, Vangerow Pand. §. 573. Anm. 4, Brinz krit. Bl. 4, 35—38.

4) Nur das ist bestritten, ob der Unterschied sub 1. nach Justinianeischem Recht gilt; dies aber vorausgesetzt, so muß zugegeben werden, daß er heut gleichfalls gilt

zumage jeder Eid nur über Thatsachen geschworen werden darf[1]), so sind die Römischrechtlichen Regeln unpractisch geworden.

Mehr Widerspruch befürchten wir, wenn wir die Fortdauer der Römischen Regeln bezüglich Litiscontestation und Urtheil behaupten. Es ist dies eine bloße Folge der Bekker-Brinz-Wetzellschen Ansicht, wonach es noch im heutigen Recht eine processualische Consumtion giebt; wer dies leugnet, wird zum Theil andrer Ansicht sein; zum Theil aber (nämlich soweit das Urtheil condemnatorisch ist) wird er unsrer Ansicht beitreten können. — Uebrigens ist im heutigen Recht ein neues Institut dem Urtheil an die Seite getreten: das Laudum des Schiedsrichters[2]); ob auch der Vergleich, darüber siehe S. 385 f.

Uebrig bleibt die Erörterung der Acceptilation und Novation nach heutigem Recht, und der der Novation gleichstehenden Acte des contrarius consensus, der Cession und der Restitution. Hier läßt sich von den letzten drei die Fortdauer des Justinianischen Rechts behaupten; denn der contr. cons. und die Restitution haben ihre Natür keineswegs verändert, und die Veränderung der Stellung der Cession (— sie ist jetzt eine wahre Singularsuccession —) hat offenbar keinen Einfluß auf ihre Wirksamkeit innerhalb der Correalobligation.

Dahingegen bietet die Acceptilation und Novation Anlaß zu Zweifeln, weil ihre Wirkung auf ihrer Natur als Formalcontracte, bez. bei der Acceptilation auf der Formel derselben beruht. Die Formalcontracte der Stipulation und des Literalcontracts sind aber heut untergegangen; ist etwas an ihre Stelle getreten?

Betrachten wir zuerst die Novation. Wird sie durch einen Wechsel vollzogen, so sind die Grundsätze der Römischen Novationsstipulation unbedingt anzuwenden. Wie aber, wenn ein formloser Vertrag abgeschlossen wird? Die Römische Theorie der Novation beruht so sehr auf der Form der Stipulation, daß wir mit Gneist[3])

1) Die Civilprocessualisten mit Ausnahme Bayers sind hierüber einig; s. Savigny System 7, 86. und die daselbst Note c. citirten Schriftsteller, denen jetzt noch Wetzell Civilproceß S. 175. hinzuzufügen ist.

2) S. oben §. 25. a. E.

3) Formelle Verträge S. 148 f. 229.

im heutigen Recht die Novation durch formlosen Vertrag ableugnen. Es ist einer der glänzendsten Gedanken im R. R., daß (abgesehen von den Consensualverträgen) die Giltigkeit der Verträge entweder von der Form oder von der causa abhängig ist; Form und Causa beherrschen deshalb die einzelnen Rechtsregeln; es dünkt uns unmöglich, die Vorschriften der Römischen Stipulation auf unsren formlosen Vertrag anzuwenden. Ist also ein solcher behufs einer Novation abgeschlossen, so können wohl daraus exceptiones doli hervorgehn, aber nichts mehr.

Eine Acceptilation giebt es bei uns gewiß nicht; denn sehen wir von ihrer Stipulationsform ganz ab, so beruht ja ihre Wirkung im R. R. darin, daß sie die Worte »accepta habeo« enthielt; hätte sie »non dari volo« gelautet, so würde sie nur die Wirkung der Novation gehabt, bald für Einen resp. Alle, bald gegen Einen resp. Alle gewirkt haben[1]). Das was heut ihre Stelle und zugleich die Stelle des pact. de non petendo vertritt, der Erlaß, wird von den Schriftstellern in einem doppelten Sinne gebraucht. Die einen verstehen darunter den Nachlaß einer Forderung donandi causa[2]), die andren halten jede andre Causa des Erlasses für möglich[3]). Uns scheint die erstre Bedeutung richtiger, da, wenn solvendi oder credendi causa der Grund des Erlasses ist, bald eine datio in solutum, bald ein Innominatcontract vorliegt; auch heißt es ja in l. 1. de transact. 2, 15:

qui vero paciscitur, *donationis causa* rem certam et indubitatam liberalitate *remittit*.

Wie dem aber auch sei, so enthält der Erlaß immer eine Verfügung über die Forderung; er muß deshalb wie die Novation je nach der Absicht des Erlassenden verschiedne Wirkungen hervorbringen[4]). — Ein bloßer Stundungsvertrag kann auch heute immer nur dieselbe Wirkungen in Anspruch nehmen wie das pact. de non pet. im

1) S. oben §. 27. S. 318.

2) So Savigny Obl. R. 1, 171. und Kuntze in seinem Werke „Obl. und Sing.", doch habe ich die Seite nicht finden können.

3) Scheurl Beitr. 2, 16 ff. Arndts in Münchner krit. Ueberschau 2, 154 ff.

4) So auch Savigny Obl. R. 1, 178. Scheurl Beitr. 2, 28 und Arndts in Münchner krit. Ueberschau 2, 156.

R. R.; er ist keine Verfügung über die Obligation, auch liegt die Gewährung von Stundung nicht im ordnungsmäßigen Verlauf der Obligation; weder das Interesse des Gläubigers noch das des Schuldners verlangt also, daß sie auf Nichtpaciscenten ausgedehnt werde; die Ausnahme des correus socius debendi gilt selbstverständlich auch heute; und wenn der Correalschuldner ausdrücklich für die Genossen die Stundung mit ausbedingt, also als ihr Negotiorum gestor handelt, so haben diese heute, da unmittelbare Stellvertretung gilt, nicht bloß die exc. doli des R. R., sondern die exc. pacti. Ein Correalgläubiger aber kann niemals durch die Gewährung einer Stundung seinen Genossen schaden. Zwar behauptet Stobbe [1]), daß nach Deutschem Rechte das Gegentheil gelte; allein die Stelle des Sachsenspiegels III, 85. §. 2. [2]), auf welche er sich beruft, enthält u. E. das gerade Gegentheil, und jedenfalls ist es nicht geboten, die etwa abweichenden Bestimmungen des D. R. als Gewohnheitsrecht festzuhalten.

Endlich der Vergleich wird von Savigny durchaus als Erlaß beurtheilt, und ihm stimmt Arndts wenigstens im Allgemeinen bei [3]). Allein viel näher liegt es, auf die in jedem Vergleich enthaltne Feststellung der Obligation zurückzugehen, und ihm mithin dieselbe Wirkung wie dem Urtheil beizulegen; es handelt sich ja de re dubia et lite incerta, und Niemand weiß, ob in Wahrheit dem Schuldner etwas erlassen worden ist. Im R. R. war diese Auffassung des Vergleichs unmöglich, weil er hier die Form des pact. de non petendo oder der Acceptilatio annahm; heutzutage ist es,

---

1) Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 168.

2) Sie lautet: Geloven ok vele lüde enem manne ene scult to geldene, unde untvan dat gelovede mer lüde, swar man jeneme lestet, deme man gelden sal, oder mit sinen minnen maket, dar hevet man in allen gelest, den man't gelovet hadde. Hier ist nämlich nicht von einem pact. de n. p. mit irgend welchem Correalgläubiger die Rede, sondern nur mit dem, welcher ausdrücklich zum Zahlungsempfänger bestellt worden ist (deme man gelden sal); es war nach D. R. Sitte, den einen Correus zum „Träger" zu bestellen (z. B. bei der Einzinserei).

3) Savigny Obl. R. 1, 179. Arndts in Münch. krit. Ueberschau 2, 157. Arndts bemerkt, daß andre Grundsätze gelten müssen, wenn aus dem Vergleich ein ganz neuer Vertrag hervorgeht.

da wir beide Formen nicht mehr besitzen, durchaus zulässig der Römischen Auffassung eine andre zu substituiren. Wo freilich der Vergleich zu einem neuen Vertrage führt (z. B. der Schuldner eines Grundstücks, der seine Schuld bestreitet, verspricht 1000 zu leisten), da liegt in dem Vergleiche keine Feststellung der Obligation, sondern ihre Aufhebung und Begründung einer neuen; das ist eine Verfügung über die Obligation, und die Frage, ob alle Sonderobligationen oder bloß eine einzige aufgehoben ist, hängt demnach vom Willen der Contrahenten ab; in der Regel wird ersteres der Fall sein. Dies ist auch die Ansicht von Arndts[1]). — —

Die Differenz in den practischen Rechtssätzen stellt Solidar- und Correalobligation äußerlich einander gegenüber; daß sie innerlich durch eine diametral entgegengesetzte juristische Construction geschieden sind, das hat hoffentlich die ganze Darstellung ergeben. Diese juristische Construction unterschied sich von den bisherigen darin, daß sie in der Correalobligation ein Gesammtrechtsverhältniß erkannte, ein Gesammtrechtsverhältniß von solch plastischer Schärfe und herausgebildeter Individualität, daß wir in keinem Rechtsgebiete etwas Größeres finden. Wie wir nun überhaupt den Gesammtrechtsverhältnissen eine Stelle im heutigen Rechtssystem zu vindiciren bemüht sind, so ist u. E. namentlich die Correalobligation ein Beweis der Existenz von Gesammtrechtsverhältnissen in heutiger Zeit; kein Wunder also, daß sich selbst neue Species bilden: in der offnen Handelsgesellschaft, im Wechsel, in jedem von mehreren Gläubigern oder Schuldnern geschloßnen Handelsgeschäft[2]).

Zweites Capitel.

§. 36. Neue Species der Correalobligation.

Die gewöhnliche Form der Correalobligation bildete den Gegenstand des ersten Capitels dieses Abschnitts; ihr eigenthümlich ist,

1) A. a. O. S. 157.

2) Hierüber vgl. Savigny Obl. R. 1, 287—289. Liebe Entwurf einer Wechselordnung für Braunschweig. Thöl Handelsr. §. 38. Beseler D. Privatr. 3, 449. Bluntschli D. Privatr. (2. Aufl.) §. 118a. No. 3.

daß jeder Correalgläubiger — abgesehen von der Gleichberechtigung seines Genossen — die Obligation zur selben Zeit voll und unabhängig vom andern hat, und daß der Correalschuldner — abgesehen von der Gleichverpflichtung seines Genossen — in derselben Weise haftet. —

Wir werden unten bei Darstellung der dos communis eine zweite Art der Correalobligation kennen lernen, welche nur auf activer Seite vorkommt, und bei welcher beide Correalgläubiger (Vater und Tochter) nur gemeinschaftlich die Obligation haben und ausüben.

Hier müssen wir noch eine dritte Art von Correalobligation ausführen, die vorläufig uns nur auf activer Seite entgegentritt, die aber später in der Lehre von der Pupillarsubstitution (§. 43.) auch auf passiver Seite sich vorfinden wird. Sie läßt sich kurz folgendermaßen bezeichnen: es ist Eine Obligation, welche zeitlich zwischen den verschiednen Gläubigern resp. Schuldnern getheilt ist. Es handeln davon Papinian in l. 18. §. 3. de serv. stip. 45, 3. und Ulpian in l. 25. §. 2. de usufr. 7, 1:

L. 18. §. 3: Quum servus fructuarius operas suas locasset, et eo nomine pecuniam in annos singulos dari stipulatus esset, finito fructu domino residui temporis acquiri stipulationem, Julianus scriptum reliquit; quae sententia mihi videtur firmissima ratione subnixa; nam si in annos forte quinque locatio facta sit, quoniam incertum est, fructus in quem diem duraturus sit, singulorum annorum initio cuiusque anni pecunia fructuario quaereretur; secundum quae non transit ad alterum stipulatio, sed unicuique tantum acquiritur, quantum ratio juris permittit. Nam et quum idem servus ita stipuletur: quantam pecuniam tibi intra illum diem dedero, tantam dari spondes? in pendenti est, quis ex stipulatu sit habiturus actionem; si enim ex re fructuarii vel operis suis pecuniam dedero, fructuario, si vero aliunde, domino stipulatio quaeritur.

L. 25. §. 2: Si operas suas iste servus locaverit, et in annos singulos certum aliquid stipuletur, eorum quidem annorum stipulatio, quibus ususfructus mansit, acquiretur

fructuario, sequentium vero stipulatio ad proprietarium transit semel acquisita fructuario, quamvis non soleat stipulatio semel cui quaesita ad alium transire, nisi ad heredem vel arrogatorem. Proinde si forte ususfructus in annos singulos fuerit legatus, et iste servus operas suas locavit, et stipulatus est, ut supra scriptum est, prout capitis minutione amissus fuerit ususfructus, mox restitutus, ambulabit stipulatio; profectaque ad heredem redibit ad fructuarium.

Es will uns scheinen, daß Papinian zu Ulpians Ausführung eine Note hätte machen dürfen, ohne sich der Gefahr auszusetzen, diese Note cassirt zu sehen.

Offenbar sind Papinian und Ulpian nicht im Endresultat, sondern in der Deduction entgegengesetzter Ansicht[1]). Darin zwar stimmen beide überein, daß es Eine Obligation ist, wie sie denn beide das Wort stipulatio stets im Singular gebrauchen; dies stand deshalb fest, weil der Sclave sich in annos singulos vermiethet hatte[2]); nun sollte doch aber der Fructuar nur das Miethgeld so lange beziehen, als sein Ususfr. dauerte, der Proprietar hierauf eintreten; in der Herstellung dieses Resultats differiren jene Juristen. Ulpian nimmt eine Singularsuccession an, der Fructuar erwirbt die Obligation ganz, diese geht nach Ablauf des Ususfr. auf den Proprietar über, und wofern der Ususfr. repetirt ist, so tritt

1) Die Deduction Julians, welchen Papinian citirt, ist nicht zu erkennen; Papinian führt nur Julians Entscheidung an.

2) l. 16. §. 1. de verb. obl. 45, 1. Cujaz bestreitet dies behauptend, Papinian handle von einem andren Fall als Ulpian, nämlich davon, daß der Sclave sich in annos quinque vermiethet hatte (lib. 27. quaest. Pap. zu l. 18. §. 3 cit.). Allein dann wären ja mehrere Obligationen vorhanden, und doch spricht Papinian fortwährend nur von stipulatio im Singular; auch ist der Rechtsfall mit fünfjähriger Miethzeit nur im weitren Fortgang der Ler erwähnt; im Anfang der l. 18. §. 3. ist ausdrücklich von einer Vermiethung in annos singulos die Rede. Die Glosse pecuniam zu l. 18. §. 3. legt wie wir dem Papinian denselben Rechtsfall wie dem Ulpian bei; sie bemerkt deshalb auch den Widerspruch, allein sie sucht ihn auf ganz unrichtige Weise zu beseitigen. Von neueren Schriftstellern ist uns bloß Weiss de person. quibus serv. stip. acquiruntur p. 30—34. bekannt geworden; er giebt wie wir der Ansicht Papinians den Vorzug.

wiederum der Fructuar ein; es ist eine stipulatio ambulans; semel acquisita fructuario transit ad proprietarium, profecta ad heredem redibit ad fructuarium; Ulpian bemerkt ausdrücklich, daß hier eine Anomalie vorliege, denn der Regel nach gehe eine Stipulation höchstens auf den Erben oder Arrogator über. Gegen diese Argumention wendet sich Papinian, »secundum quae non transit ad alterum stipulatio, sed unicuique tantum acquiritur quantum ratio juris permittit«. Er theilt die Obligation nach der Zeit, für die Dauer des Nießbrauchs weist er ihre Geltendmachung dem Fructuar, nachher dem Proprietar zu. Wie ist dies juristisch zu construiren?

Offenbar irrte Ulpian darin, daß er den Fructuar allein die ganze Stipulation erwerben ließ; der Fructuar kann ja ex operis servi nur so lange erwerben, als ihm die operae zustehen. Diesen Irrthum vermeidet Papinian. Da nun demnach eine Singularsuccession zurückgewiesen werden muß, und da andrerseits die Obligation auch nicht einen Augenblick in der Person des Sclaven Bestand gewonnen hat [1]), so muß die Obligation von Anfang an sowohl auf den Fructuar als auf den Proprietar übergegangen sein. Nun ist doch aber die Obligation Eine, also haben wir Eine Obligation mit mehreren Gläubigern, d. h. eben eine Correalobligation.

Aber freilich eine Correalobligation, die von der gewöhnlichen bedeutend abweicht! Der Grund der Abweichung liegt in dem Rechtsverhältniß, auf welches sie basirt ist: in der Eigenschaft des stipulirenden Sclaven als fructuarius; und dies giebt eine neue Bestätigung für die Behauptung [2]), daß das Gesammtrechtsverhältniß sich genau den Anforderungen des Rechtsverhältnisses anzuschmiegen weiß, in welchem es zur Darstellung gelangt. De jure sind Fructuar und Proprietar Gläubiger, aber weil sie es neben einander sind, so muß eine Regulirung der hierdurch entstandnen Collision erfolgen; dies ist in der Weise geschehen, daß der Fructuar nur

1) Placet quoties acquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud ei, cujus quis in potestate est, confestim acquiri ei cujus est in potestate, *neque momento aliquo subsistere in persona ejus, per quem acquiritur, et sic acquiri ei cui acquiritur.* L. 79. pr. de acq. her. 29, 2.

2) Oben Abschnitt 1. §. 3. S. 79. 80.

für die Zeit seines Nießbrauchs die Obligation geltend machen darf; darüber hinaus darf er sie nicht einklagen, noviren, acceptiliren u. s. w., er würde dadurch den Rechten des Proprietars nicht vergeben, vielmehr letztrer noch immer die Klage gegen den Miether haben. Aehnlich verhält es sich mit dem Proprietar. Das bedeutet: Proprietar wie Usufructuar haben jeder eine Sonderobligation; vermöge seiner Sonderobligation darf der Usufructuar während der Dauer des Ususfructus, der Proprietar später die Obligation ausüben; Gläubiger hingegen ist der Usufructuar auch nach Aufhebung des Ususfructus, der Proprietar schon während dessen Dauer, denn eine Obligation kann nach Civilrecht weder ad diem noch ex die bestehen.

Siebenter Abſchnitt.

Geſammtrechtsverhältniſſe im Familienrecht.

1. §. 37. Dos communis patri et filiae.

In folgenden Stellen kommt der in der Ueberſchrift geſetzte Ausdruck oder ein gleichbedeutender vor:

l. 3. sol. matr. 24. 3: Non solum autem in exigenda sed etiam in solvenda dote, *quae communis est patris et filiae*, utriusque voluntas exquiritur, nec alter alterius conditionem deteriorem facere potest. Sed si pecunia ad patrem pervenit, quam filia accepit, actio de dote utrisque tolletur.

l. 2. §. 1. eod.: Quodsi in patris potestate est, et dos ab eo profecta sit, *ipsius et filiae dos est.* Denique pater non aliter, quam ex voluntate filiae petere dotem nec per se nec per procuratorem potest; sic ergo et promittendum Sabinus ait: ei ergo promittendum erit, cui uterque jusserit; ceterum si pater solus jussit, dotis actio filiae non erit ademta, quandoque sui juris filia fuerit facta. Item si voluntate solius filiae promittatur, remanebit dotis actio integra patri. Sed utrum ut et agat solus, an et ut adjuncta quoque filiae persona experiri possit? Et puto nec eam actionem amissam, quam adjuncta filiae persona potest habere; quodsi sui juris fuerit facta filia, nocebit ei ista stipulatio.

l. 22. §. 1. eod.: Si post solutum matrimonium filia familias citra patris voluntatem exactam *communem dotem* con-

sumat, patri et viva ea et mortua actio superest, ut dos ipsi solvatur. Quod ita verum est, si perdituraе solvatur. ceterum si non perdituraе et ex justis causis soluta sit, non supererit actio, sed mortuo patre nec etiam heredes agent nec mulier [1]).

Es scheint heut die herrschende Ansicht [2]) zu sein, daß der Vater das Alleineigenthum der dos communis habe, daß er nur verpflichtet sei, sie der Tochter für eine zweite Heirath aufzubewahren, und daß die Tochter nach dem Tode des Vaters, wenn sie mit Extranei concurrirt, die Dos als voraus erhalte. Das mag richtig sein für die Theodosische und Justinianische Zeit [3]), welcher der Sinn für die feineren Abschattungen des Inhalts und der Gestaltung der verschiednen Rechtsinstitute verloren gegangen war, und die deshalb das, was äußerlich ein ähnliches Gepräge trug, innerlich aber verschiedenartig war, zu nivelliren suchte. Für die Zeit der classischen Juristen ist diese Anschauung jedenfalls zu verwerfen.

---

1) Andre hierher gehörige Stellen sind: l. 2. §§. 1. 2. l. 3. l. 4. l. 22. §. 1. §. 3—§. 6. §. 9—11. l. 31. §. 2. l. 34. sol. matr. 24, 3. l. 34. §. 6. de sol. 46, 3. l. 25. pr. rem rat. 46, 8. l. 8. pr. de proc. 3, 3. l. 2. l. 7. C. sol. matr. 5, 18. l. 1. §. 14. C. de rei ux. act. 5, 13. l. 12. C. comm. utr. 3, 38. Vgl. außerdem Ulp. fr. 6, 6. fr. Vat. §§. 116. 119.

2) Francke im Arch. f. civ. Pr. 26, 417 ff. Vangerow Pand. §. 220. Anm. 1. (6. Aufl.). Arndts Pand. §. 405. Vorsichtig äußern sich Mühlenbruch (Pand. §. 532. „die Frau fordert die Dos mit dem Vater zurück, weshalb die Dos denn auch als ein ihm und der Tochter gemeinschaftlich zugehöriges Vermögen bezeichnet wird") und Puchta (Pand. §. 419. „die Dos fällt an die Frau und den Vater zugleich", Vorles. 3. Aufl. 2, 262. „hier sind beide berechtigt; der Vater hat die Klage, braucht aber dazu die Einwilligung der Tochter, da die Dos für eine zweite Ehe bewahrt werden soll, und als Eigenthum der Tochter behandelt wird"). Thibaut (Pand. §. 460) nennt sie geradezu gemeinschaftliches Eigenthum des Vaters und der Tochter. Donnell hingegen (Comm. 14, 6. §. 14), welchem auch Glück (Comm. 27, 214) und Vangerow in den fünf ersten Auflagen folgte, erklärt die Tochter für die Alleineigenthümerin und deutet die Bezeichnung communis als „communis non dominii, sed petendi et exigendi jure!" Ueber die Ansicht der Glossatoren und Gothofreds s. unten S. 395. N. 2; Gothofred hat bereits diejenige Ansicht, welche hier vertheidigt werden soll.

3) Von Theodos rührt l. 2. C. de bon. quae lib. 6, 61. her (auf welche Francke a. a. O. S. 421. Gewicht legt), von Justinian l. 1. §. 14. C. de rei ux. act. 5, 13. und l. 12. C. comm. utr. 3, 38.

Wie wäre sonst ein Donell (früher auch Vangerow) in einer scheinbar so einfachen Frage zu der entgegengesetzten Ansicht gelangt!

Doch es ist nöthig, daß wir die Rechte der Tochter genau betrachten.

Wenn man sagt, der Vater ist Eigenthümer und ist nur verpflichtet, die Dos der Tochter für eine zweite Ehe aufzubewahren, so liegt darin die mittelbare Behauptung, er sei der Tochter hiezu obligirt. Die ganzen Rechte der Tochter beschränken sich danach auf einen obligatorischen Anspruch gegen den Vater, der, wenn es hoch kommt, sich bis zur Sicherstellung der Dos selbst vor Eingehung einer zweiten Ehe steigert. Sowie der Nachweis geführt ist, daß die Tochter über die Dos selbst in gewisser Weise Verfügungen treffen dürfe, so wird die rechtliche Stellung der Tochter eine durchaus andre, und wenn ferner nachgewiesen ist, daß dem Vater nicht das alleinige Verfügungsrecht, sondern nur in demselben Maße wie der Tochter zustehe, und daß trotz alledem keine Quoten an der Dos bestehen, so ist die Annahme eines Gesammtrechtsverhältnisses mit Nothwendigkeit geboten.

Dieser Nachweis soll jetzt geführt werden.

Wir beginnen mit der Bezeichnung; die Dos heißt kurzweg dos communis (l. 22. §. 1. cit.) oder communis patri et filiae (l. 3 cit.) oder ipsius (patris) et filiae (l. 2. §. 1 cit.). Darin ist ausgesprochen, daß Vater und Tochter dieselbe Stellung gegenüber der Dos einnehmen; diese gleiche Stellung kann nun entweder zur Mitberechtigung nach quoten Theilen oder zur Gesammtberechtigung führen; von erstren wissen weder die Quellen noch die bisherigen Schriftsteller etwas; es bleibt also nur die Gesammtberechtigung übrig; gerade diese Gesammtberechtigung wurde im Gebiet der Servitut wie der Obligation durch das Wort »communis« bezeichnet[1]); es giebt aber noch ein andres Fragment, welches eine ähnliche Bezeichnung enthält:

l. 34. §. 6. de sol. 46, 3: Si gener socero ignorante filia dotem solvisset, non est liberatus, sed condicere socero

1) Vgl. oben Absch. 4. §. 9. S. 141. §. 12. S. 156. Absch. 6. §. 20. S. 241 ff.

potest, nisi ratum filia habuisset; et propemodum similis est gener ei, qui absentis procuratori solveret, quia in causam dotis particeps et quasi socia obligationis patri filia esset.

Danach ist die Tochter hinsichtlich der Rückforderung der Dos »particeps et quasi socia«, particeps in Wahrheit, socia aber nur vergleichsweise; nun bedeutet participes obligationis die Correi[1]), also stehen Vater und Tochter hinsichtlich der Rückforderung der Dos in einem Correalverhältniß. Doch darf man das Correalverhältniß bei der Dos nicht mit dem bei der gewöhnlichen Correalobligation identificiren[2]); bei der gewöhnlichen Correalobligation besteht eine Gesammtobligation und daneben Sonderobligationen für die einzelnen Correi, bei der Dotalforderung hingegen besteht bloß eine Gesammtobligation[3]); bei der gewöhnlichen Correalobligation gilt der Grundsatz, daß der eine Gläubiger »facto ejus, cum quo commune jus stipulantis est, amittere debitorem potest«[4]), bei der dos communis hingegen gilt die Regel, daß »utriusque voluntas exquiritur nec alter alterius conditionem deteriorem facere potest«[5]).

Diese Regel beweist wiederum, daß die Bezeichnung »dos communis patri et filiae« keine Phrase ist; sie läßt nicht zu, daß die Rechte der Tochter in einen bloßen obligatorischen Anspruch abgeschwächt werden. Vielmehr müssen wir auf Grund jener Regel behaupten: die Rechte des Vaters und der Tochter an der Dos sind gleich, keiner darf dem andren durch seine Handlungen präjudiciren, nur Beiden zusammen steht das Recht an der Dos zu, und zwar

---

1) Vgl. oben Abschn. 6. §. 20. S. 242.

2) So die Glosse quae zu l. 3. sol. matr. 24, 3: utrique in solidum competit ut duobus reis stipulandi, sed plusculum habet pater. Gothofred tadelt diese Anschauung: haec similitudo falsa est, quia ibi plures sunt actiones numero, hic una tantum. Dicendum itaque dotem esse communem patris et filiae, *non communione illa, quae partes aliquas denotare solet, sed quae communem aliquod indicat, quod est penes utrumque in solidum, connexo tamen modo.*

3) Es ist hierauf bereits oben Abschn. 6. §. 36. S. 388. hingedeutet worden.

4) l. 31. §. 1. de nov. 46, 2.

5) l. 3. sol. matr. 24, 3.

ohne Quotentheilung, d. h. in der Weise der Gesammtberechtigung. Der Umstand, daß die Tochter in väterlicher Gewalt ist, steht dieser Auffassung nicht entgegen [1]); denn trotz dieser väterlichen Gewalt wird während bestehender Ehe der Tochter das Recht auf die Dos zugeschrieben:

l. 71. de ev. 21, 2 ... non enim, *sicut mulieris dos est*, ita patris esse dici potest ...

l. 3. §. 5. de min. 4, 4: ... dos ipsius filiae proprium patrimonium est [2]).

Warum sollte sie nicht auch nach aufgehobner Ehe Rechte an der Dos haben, trotzdem sie in väterlicher Gewalt ist? Es giebt bei der Dos Rechtssätze genug, die von den allgemeinen Rechtsregeln abweichen, und nicht umsonst sagen Pomponius und Paulus: *publice* interest, dotes mulieribus conservari [3]). Die Richtigkeit unsrer Auffassung zeigt sich in den einzelnen Vorschriften. Der genaueren Uebersicht scheiden wir dieselben nach zwei Zeitpunkten:

I. Welche Rechtsverhältnisse finden Statt, so lange Vater und Tochter in der Gemeinschaft stehen?

II. Welche Rechtsverhältnisse finden Statt, wenn einer von ihnen wegfällt?

Ad I. Hier soll wiederum der Zeitpunkt a) vor Rückzahlung der Dos und b) nach derselben geschieden werden.

a) Vor Rückzahlung der Dos. Vater und Tochter dürfen nur gemeinschaftlich klagen, delegiren, Zahlung in Empfang nehmen. Was namentlich die Proceßführung betrifft, so präsumirt man, daß die Tochter, wenn sie anwesend ist und nicht widerspricht, in die vom Vater angestellte Klage einwillige; ist sie aber abwesend, so darf der Verklagte vom Vater cautio rati verlangen [4]). Ferner darf der Vater klagen, wenn die Tochter latitirt oder noch sehr jung oder wahnsinnig ist, oder wenn sie ohne Grund (levis mulier), oder aus Begünstigung ihres geschiednen Ehemannes

1) Dies behauptet Francke im Arch. f. civ. Pr. 26, 420.

2) Beide Fragmente handeln von Frauen, die noch in väterlicher Gewalt stehen.

3) l. 1. sol. matr. 24, 3. l. 2. de jur. dot. 23, 3.

4) l. 2. §. 2. sol. matr. 24, 3. l. 25. pr. rem. rat. 46, 8.

(nimia circa maritum non merentem) die Einwilligung verweigert [1]). Ebenso aber kann andrerseits die Tochter klagen, wenn der Vater wahnsinnig, abwesend, gefangen oder ein liederlicher Mensch ist [2]). Hat der Vater ohne diese Voraussetzungen allein geklagt, so steht der Tochter die Klage noch immer ipso jure zu; doch kann der Fall eintreten, daß sie ihr aus Billigkeitsgründen verweigert wird, z. B. wenn sie Erbin des Vaters geworden, oder ein der Dos gleichkommendes Legat vom Vater erhalten hat [3]). — Was ferner die Zahlungsempfangnahme anbetrifft, so gilt die Zahlung an den Vater oder an die Tochter allein nicht, wenn nicht die Erlaubniß des Einen zur Zahlung an den Andren hinzutritt [4]); ipso jure besteht also trotzdem die Obligation fort, es können jedoch Fälle eintreten, wo exc. doli stattfindet; z. B. die Tochter ist kein liederliches Frauenzimmer (non perditura) und laßt sich die Dos »ex justis causis« allein zahlen; oder die Tochter empfängt allein die Dos und zahlt sie sodann an den Vater; oder der Vater empfängt allein die Dos und giebt sie sodann bei einer zweiten Ehe der Tochter dem zweiten Ehemann als Dos [5]). Wo solche Ausnahmefälle nicht eintreten, ist der Schuldner der Dos durch die Zahlung an Vater oder Tochter allein nicht befreit, und er kann deshalb die Condictio anstellen [6]). — Was endlich die Delegation betrifft, so ist diese, wenn vom Vater oder von der Tochter allein ausgeht, ungiltig; also bleibt jedenfalls die Dotalforderung erhalten, und geht durch Novation nicht unter [7]);

---

1) l. 22. §. 6. §. 9 eod.

2) l. 22. §§. 10. 11. sol. matr. 24, 3. l. 8. pr. de proc. 3, 3. Hat der wahnsinnige Vater freilich einen Curator, so muß dieser zustimmen, und wenn er nicht gegenwärtig ist, so muß die Tochter cautio rati bestellen; l. 22. §. 10. cit.

3) l. 22. §. 3. sol. matr. 24, 3. Vgl. auch l. 34 eod., wonach eigentlich der Prätor, wenn jene Voraussetzungen nicht zutreffen, dem Vater allein die Klage denegiren soll.

4) l. 66. §. 2. sol. matr. 24, 3: es genügt eine stillschweigende Erlaubniß, l. 37 eod.

5) l. 22. §. 1. l. 3. l. 4. sol. matr. 24, 3.

6) l. 34. §. 6. de sol. 46, 3.

7) Eine andre Frage ist es, ob der delegirte Ehemann nicht trotzdem dem Delegatar verhaftet wird. Dies glaube ich allerdings, weil immer der non debitor delegatus quasi debitor verhaftet wird; nur hat er gegen den Delegans eine Con-

es kann sogar nicht bloß der Nichtdelegant, sondern Vater und Tochter zusammen die Dos einklagen, dies offenbar deshalb, weil der Delegant, wenn er sich an der neuen Klage betheiligt, nicht als diejenige Person auftritt, welche delegirt hat, sondern als Glied der durch Vater und Tochter gebildeten Einheit; erst dann darf dem Deleganten die exc. doli opponirt werden, wenn die Dos (nach dem Tode des Einen, nach der Emancipation der Tochter[1]) auf den Deleganten allein gediehen ist; denn dann tritt er wieder als selbständige Persönlichkeit auf, weil die Gesammtberechtigung aufgelöst ist[2]). —

Was nun bisher von der Klage, dem Zahlungsempfang, der Delegation aus den Quellen erwiesen ist, das können wir getrost auf die übrigen Aufhebungs- und Verfügungsweisen übertragen, wo wir der Quellenzeugnisse entbehren: also können Vater und Tochter nur zusammen cediren[3]), acceptiliren, einen Eid deferiren, ein Constitutum und andre Pacta abschließen; nur wenn Beiden die Zahlung offerirt ist, kommen sie in Mora, denn würde nur dem Einen offerirt, so kann er die Annahme zurückweisen, weil er allein nicht empfangsberechtigt ist.

b) Nach Rückzahlung der Dos. In der Regel bekommt der Vater die Verwaltung der Dos; dies allein entspricht der persönlichen Stellung des Vaters zur Tochter, wie wir ja auch bereits bei dem Einklagen und dem Zahlungsempfang eine factisch prävalirende Stellung des Vaters wahrgenommen haben; es wird bewiesen durch

---

dictio und gegen den Delegatar zuweilen (nämlich wenn dieser gleichfalls non creditor oder Donatar ist) eine exc. doli; s. l. 2. §§. 3. 4. de donat. 39, 5. l. 12. 13. de nov. 46, 2. l. 7. pr. §. 1. de d. m. exc. 44, 4. l. 7. pr. l. 9. §. 1. de cond. c. d. c n. s. 12, 4.

1) S. die spätere Ausführung ad II.

2) S. die oben S. 392. abgedruckte l. 2. §. 1 sol. matr. 24, 3. Uebrigens ist in dieser Stelle gesagt, der Nichtdelegant könne auch allein klagen; das hat darin seinen Grund, weil der Delegant wahrscheinlich seine Zustimmung verweigern wird, und diese Weigerung ungegründet ist, s. S. 397. Text zu N. 1.

3) Hierfür lassen sich wohl die Worte der l. 2. §. 1. sol. matr. 24, 3. anführen: denique pater non aliter quam ex voluntate filiae petere dotem nec per se nec *per procuratorem* potest; denn dieser Procurator bedeutet sowohl einen einfachen Stellvertreter, als einen procurator in rem suam.

l. 3. sol. matr. 24, 3: sed si pecunia ad patrem pervenit, quam filia accepit, actio de dote utrisque tolletur (d. h. die Tochter gab dem Vater die Dos freiwillig zur Verwaltung). Vgl. ferner l. 12. C. comm. utr. 3, 38. Nov. 97. c. 5. (Auth. quia vero zu l. 1. §. 14. C. de rei ux. act. 5, 13.), und die bald zu besprechende l. 22. §. 6. sol. matr. 24, 3.

Allein es kommen Fälle vor, wo dem Vater die Verwaltung verweigert wird:

l. 22. §. 6. sol. matr. 24, 3: Nec non illud quoque probamus, quod Labeo probat, patri nonnunquam denegandam actionem, si tam turpis persona patris sit, ut verendum sit, ne acceptam dotem consumat; ideoque officium judicis interponendum est, quatenus et filiae et patri competenter consuletur.

Der Jurist setzt einen Fall voraus, wo die Tochter (z. B. wegen Wahnsinns) nicht mit klagen kann; der Vater würde also auch allein die Dos ausgezahlt erhalten; dies soll nicht geschehen, wenn der Vater ein lüderlicher Mensch ist, und der Richter soll dann auf andre Weise das Interesse des Vaters wie der Tochter sicher stellen.

Allein eine ganz andre Frage ist die nach dem Eigenthum an der zurückgezahlten Dos. Hier lassen uns die Quellen bis auf Ein Argument im Stich; dieses eine Argument aber ist, daß auch nach Rückzahlung die Dos communis patri et filiae bleibt, daher denn auch der Richter dafür sorgt, daß, wenn der Vater lüderlich ist, das beiderseitige Interesse nach der Zahlung gewahrt bleibe. Was folgt aber hieraus?

Es folgt hieraus, daß an der zurückgezahlten Dos Vater und Tochter Gesammteigenthum haben.

So kühn die Behauptung klingt, so ist sie dennoch wahr. Durch die Zahlung der Dos ist deren Object verändert; vorher bestand sie in einer Forderung, jetzt im Eigenthum; die Stellung des Vaters und der Tochter ist vorher wie nachher dieselbe geblieben; war nun vorher eine Gesammtobligation vorhanden, so muß jetzt ein Gesammteigenthum an die Stelle getreten sein, und zwar von derselben Natur wie die Gesammtobligation, d. h. keiner darf in der Regel ohne Zustimmung des Andren über die Dos verfügen,

namentlich also der Vater sie nicht consumiren [1]). Es findet also neben dem Gesammteigenthum kein Sondereigenthum Statt. Damit stimmt es denn (wie unten sub II. ausgeführt werden wird) sehr wohl überein, daß nach dem Tode des Vaters oder der Tochter, nach der Confiscation des väterlichen Vermögens, nach der Emancipation der Tochter die Dos Alleineigenthum der Tochter resp. des Vaters wird; durch alle diese Ereignisse wird nämlich aus der durch Vater und Tochter gebildeten Einheit eine Person herausgenommen; die übrigbleibende Person behält demnach das Eigenthum allein zurück. Die Aeußerung von Celsus: duorum dominium in solidum esse non potest [2]) steht unsrer Auffassung nicht entgegen; hiermit verwirft Celsus ein Eigenthum, welches zwei Personen ganz unabhängig von einander zustehen solle, d. h. so, daß selbst, wenn der Eine die Eigenthumsrechte ausübt (z. B. die Sache veräußert), dennoch der Andre sein Eigenthum behalten solle; er verwirft ein Eigenthum Mehrerer in solidum, das man nach Analogie der Solidarobligationen construiren möchte, nicht dasjenige, welches die Correalobligation zur Analogie hat; er verwirft ein Eigenthum Mehrerer in solidum, bei welchem man sofort bloßes Sondereigenthum ohne gleichzeitiges Gesammteigenthum statuirt, nicht ein solches, wo das Sondereigenthum erst aus dem Gesammteigenthum hervorgeht und neben diesem besteht; er verwirft ein Eigenthum Mehrerer in solidum, wo die Mehreren nicht vorerst zu einer Einheit zusammengefaßt worden sind und deshalb ein jeder die gleichzeitige Berechtigung der Genossen nicht anerkennt, nicht ein solches, welches zunächst einer Einheit, und sodann jedem Gliede der Einheit zusteht, und bei welchem deshalb, wenn der Eine Eigenthumsbefugnisse ausübt, die Rechte Aller mitbetroffen werden. Die dos communis fällt nicht unter das von Celsus verworfne dominium duorum in solidum; hier steht das Eigenthum überhaupt nicht zwei Personen gesondert, sondern der aus ihnen gebildeten Einheit zu, und es giebt hier nicht einmal Sondereigenthum; ja müßte man selbst annehmen, daß sowohl der Vater als die Tochter

1) l. 22. §. 6. sol. matr. 24. 3.
2) l. 5. §. 15. comm. 13. 6.

jeder für sich das Eigenthum habe, so würde es doch nicht jeder in solidum haben, denn jeder erkennt die Gleichberechtigung des Genossen an.

Ebenso wie Gesammteigenthum giebt es aber auch Gesammtbesitz an der dos communis. Es findet dies dann Statt, wenn der Zahlende nicht Eigenthümer ist, oder wenn etwas in der Erwerbsart des Eigenthums verfehlt wird, so daß die Ersitzung nothwendig und zulässig ist. Wir erinnern hier an unsre Aeußerung in Abschn. 1. §. 1. S. 2: „Seitdem man alieno corpore besitzen kann, ist es nicht nothwendig, daß zwei Besitzer auf demselben Orte stehen, dieselbe Sache anfassen, sie können vielmehr beide denselben Stellvertreter bestellen und, falls nur sonst nichts entgegensteht, besitzen sie in solidum.« Aehnlich ist das Verhältniß bei der dos communis. Hat der Vater allein die Verwaltung, so hat er das corpus, und zwar im Namen der durch ihn und die Tochter gebildeten Einheit; die Einheit selbst, Vater und Tochter, hat den animus possidendi, in der Weise, daß Jeder von ihnen die gleichzeitige Berechtigung des Andern anerkennt [1]). Aehnlich verhält es sich, wenn im Fall der l. 22. §. 6. sol. matr. 24, 3. die Behörde, weil der Vater lüderlich ist, einen Sequester für die Verwaltung der zurückgezahlten Dos bestellt; er hat die Detention im Namen der durch Vater und Tochter gebildeten Einheit.

So kann es aber auch zu Gesammtrechtsverhältnissen andrer Art kommen, namentlich zur Gesammtforderung. Bestand die Dos in der Delegation eines Schuldners, und delegirt nun der Ehemann diesen Schuldner an Vater und Tochter zurück, so entsteht, wenn dieser dem Vater und der Tochter promittirt, eine Gesammtobligation, und zwar eine von der gewöhnlichen Correalobligation (Abschn. 6. Cap. 1.) sehr verschiedene; denn es besteht hier bloß eine Gesammtforderung, nicht zugleich Sonderforderungen. Vielleicht wird man einwenden, daß aus der Fassung der behufs der Delegation angewendeten Stipulationsformel dieser Unterschied sich nicht ersehen ließ, und daß er deshalb auch nicht im R. R. gegolten habe; allein

1) Das liegt im Wesen der Gesammtberechtigung, oben Abschn. 1. §. 3. S. 78. 79.

es ist bekannt, daß in vielen Fällen, wenn die Fassung der Formel nicht ausreicht, auf id quod actum est gesehen wird. — Weil es Gesammtobligationen giebt, so existirt auch, wenn für sie ein Pfandrecht bestellt wird, ein Gesammtpfandrecht.

Ad II. Die Einheit, welcher die dos communis vor wie nach der Rückzahlung zusteht, löst sich auf, wenn Vater oder Tochter wegfallen. Dann ist die nothwendige Folge, daß der Uebrigbleibende alleinberechtigt wird; denn (was wohl zu beachten) eine Succession in die Stellung des Wegfallenden durch die Erben u. s. w. ist unmöglich, dies wäre nur dann zulässig, wenn in der dos communis Sonderrechte vorhanden wären; da solche aber nicht existiren, so bewirkt der Wegfall des Einen, daß der Uebrigbleibende von einer Schranke befreit wird, die Gesammtberechtigung löst sich in eine Alleinberechtigung auf, ähnlich wie in der Mit-Vormundschaft (§. 39).

Wenden wir uns jetzt zu den einzelnen Fällen. Der Wegfall tritt ein, 1) wenn Vater oder Tochter sterben, 2) wenn das väterliche Vermögen confiscirt wird, 3) wenn die Tochter emancipirt wird, 4) durch Confusion.

1) Tod des Vaters oder der Tochter[1]). Stirbt der Vater, so fällt die Dos nicht etwa an die Erben des Vaters, sondern an die Tochter, mag sie Erbin des Vaters geworden sein oder nicht:

l. 66. §. 2. sol. matr. 24, 3: Filiafamilias divortio facto dotem patri reddi jusserat, deinde parte dotis persoluta pater decesserat; reliquam partem, si nec delegata nec promissa novandi animo patri fuisset, mulieri solvi debere, Labeo, Trebatius putant, idque verum est.

l. 4 cod.: Si pater sine consensu filiae dotem a viro exegisset, et eandem alii viro ejus filiae nomine dedisset, *et mortuo patre filia cum priore viro ageret*, doli mali exceptione repellitur. (Der Grund der doli exc. ist oben S. 397. Text zu N. 5. ausgeführt).

---

1) Auch Schneider (Anwachsungsrecht S. 19.) nimmt an, daß in diesem Falle kein Erbrecht stattfinde.

l. 1. §. 14. C. de rei ux. act. 5, 13: Si quando post solutum matrimonium dos a patre petebatur, siquidem rei uxoriae actio fuerat, non poterat solus pater sine consensu filiae agere, *et si necdum actione mota ab hac luce fuerat subtractus, et si lis contestata esset, ad filiam quasi proprium patrimonium dos revertebatur . .*

Bemerkenswerth ist, daß auch, nachdem Lis conteſtirt worden, die Tochter allein den Proceß fortführt; die in der Litisconteſtation liegende Umſchaffung hebt alſo den Character der dos communis nicht auf, vielmehr hat auch die Proceßobligation den Character derſelben; ja, noch mehr: auch die actio judicati folgt denſelben Grundſätzen:

l. 31. §. 2. sol. matr. 24, 3: Si voluntate filiae procurator a patre datus litem de dote contestatus fuerit, et re secundum eum judicata pater decesserit, judicati actionem filiae potius, quam heredibus patris dari oportebit.

Die Schlußworte »filiae potius quam heredibus patris dari oportebit« deuten zwar an, daß es ſich nicht um eine directa actio, ſondern um eine utilis handelt, allein dies hat darin ſeinen Grund, daß der Proceß durch einen Stellvertreter geführt worden iſt, welcher dominus litis wurde, und deſſen judicati actio alſo auf den Vertretnen übertragen werden mußte. Hätten Vater und Tochter den Proceß perſönlich geführt, ſo hätte der Juriſt gewiß geſchrieben: judicati actionem filia, non heredes patris habent.

Mit dieſer Anſicht iſt ſehr wohl vereinbar, daß die Tochter, wenn ſie nunmehr alleinberechtigt geworden, die Dos conferiren müſſe. Franke nahm unter Zuſtimmung Vangerow's und Fein's [1]) das Gegentheil an, weil er behauptete, daß die Dos alleiniges Eigenthum des Vaters werde, und deshalb nach dem Tode des Vaters gar kein Object vorhanden ſei, das von der Tochter conferirt werden könne. Dem iſt nach der bisherigen Ausführung nicht ſo; die Dos mag ſich factiſch im Nachlaß des Vaters befinden (dieſer hat gewöhnlich die Verwaltung), rechtlich iſt ſie es nicht

1) Francke Civ. Abh. S. 188. N. 24. S. 251 f. und im Arch. f. civ. Pr. 26, 419. Vangerow §. 220. Anm. 1. (6. Aufl. der Pand.). Fein Recht der Coll. S. 245.

und wird es erst durch Collation; ist sie noch nicht zurückgezahlt, so muß die Dotalklage conferirt werden. Freilich war Francke's Polemik in einem Punkte gegründet. Vor ihm hatten einige Schriftsteller [1]) behauptet, daß die dos communis der Tochter überall als Präcipuum verbleibe; dies bekämpfte Francke mit Recht; allein er glaubte es nicht anders bekämpfen zu können, als indem er dem Vater Alleineigenthum zuschrieb; damit ging seine Polemik über das Ziel hinaus; mit dem Begriff der Gesammtberechtigung werden die Gegner Francke's gleichfalls widerlegt, der Fehler Francke's vermieden. —

Stirbt die Tochter, so gehört die Dos dem Vater allein:

l. 25. pr. rat. rem. 46, 8: Pater datam a se dotem absente filia petiit, et ratam rem habituram eam cavit; ea, priusquam ratum haberet, mortua est; negavit committi stipulationem, quia, etsi verum sit, ratum eam non habuisse, nihil tamen mariti intersit, dotem restitui. *quum patri etiam mortua filia salva esse dos debeat.*

2) Confiscation des väterlichen Vermögens. Die magna capitis deminutio des Vaters [2]) muß dieselbe Wirkung wie der Tod haben; also wird die Tochter alleinberechtigt:

l. 2. C. sol. matr. 5, 18: Secundum *rationem juris* existimas, restitui tibi debere dotem a fisco, *qui bona damnati patris tui suscepit.*

Es ist bemerkenswerth, daß der Kaiser sich auf die ratio juris beruft, und nicht etwa auf jene Aequitas, derzufolge die Kinder der Verurtheilten dem Fiscus vorgehen; wäre diese Billigkeit der Grund der Entscheidung gewesen, so hätte die Tochter nicht die ganze Dos, sondern nur einen Theil derselben erhalten [3]) und es hätten auch andre Kinder des Verurtheilten darauf Anspruch machen dürfen; dadurch daß der Tochter allein die ganze Dos zugesprochen wird,

---

1) Thibaut Pand. §. 460. (5. Aufl.). Schweppe Röm. Privatr. §. 684.

2) Die minima nicht, da dann die filia sammt dem Vater in die Gewalt des Arrogater kommt.

3) l. 1. l. 7. pr. §. 2—4. de bon. damn. 48, 20. l. 10. C. de bon. proscr. 9, 49.

ist noch mehr bewiesen, daß die strenge Rechtsconsequenz das Motiv des Gesetzes ist.

3) Emancipation der Tochter. Die Gesammtberechtigung hängt innig mit der väterlichen Gewalt zusammen; wäre die Tochter bei Trennung der Ehe sui juris gewesen, so wäre die Dos nicht communis geworden, sondern der Tochter allein zugefallen. Deshalb muß, wenn die Tochter später emancipirt wird, die Gesammtberechtigung aufhören, und die Dos Alleineigenthum der Tochter, nicht etwa des Vaters werden. Nach der Emancipation kann also der Vater nicht klagen:

l. 22. §. 5. sol. matr. 24, 3: Eo autem tempore consentire filiam patri, quo lis contestatur. Secundum haec si filia dicat, se patri consentire, et ante litis contestationem mutaverit voluntatem, *vel etiam emancipata sit, frustra aget pater*;

wohl aber die Tochter:

l. 2. §. 1. i f. sol. matr. 24, 3: quodsi sui juris fuerit facta filia, nocebit ei ista stipulatio (s. übrigens hierzu oben S. 398. Text zu N. 2).

4) Confusion. Beerbt der Vater oder die Tochter den Schuldner, so bleibt dem Nichterben die Dos:

l. 2. C. sol. matr. 5, 18: Secundum rationem juris existimas restitui tibi debere dotem a fisco qui bona damnati patris tui suscepit. *Licet enim viro quondam tuo pater tuus heres exstiterit, attamen juri tuo hoc derogare non potest, quum et ipse pater sine voluntate tua nec exigere nec accipere dotem poterat.*

Dies ist das Rechtsverhältniß der dos communis nach classischem Römischem Recht. Es liegt darin ein neuer Beweis für die Geschmeidigkeit des Gesammtrechtsverhältnisses; denn wir begegnen, wie es die Sachlage verlangt, bloß einem Gesammtrecht, nicht zugleich, wie es sonst die Regel ist, mehreren Sonderrechten. Die dos communis geht aus dem Widerstreite zweier Berechtigungen hervor: öconomisch gebührt die Dos der Tochter, rechtlich gehört Alles, was ein Hauskind erwirbt, dem Vater; die Versöhnung dieser widerstreitenden Interessen und Ansprüche geschieht im Gesammt-

rechtsverhältniß; Vater und Tochter haben nunmehr zusammen ein Anrecht auf die Dos; Keiner darf den Rechten des Andren allein präjudiciren; erst wenn der Eine weggefallen ist, wird der Andre alleinberechtigt.

Es ist bereits oben (S. 393. N. 3.) darauf aufmerksam gemacht worden, daß der nachclassischen Zeit dieses Verständniß der dos communis entschwunden ist; man verfuhr mit einer auffallenden Sorglosigkeit: man erklärte den Vater für den Alleineigenthümer und behielt dennoch alle die Bestimmungen, die das Gesammtrechtsverhältniß zur Voraussetzung hatten, bei. So finden sich im Corpus juris zwei entgegengesetzte Auffassungen des Instituts.

Heutzutage ist die dos communis antiquirt, weil die Ehe die väterliche Gewalt über die Tochter aufhebt. Nichtsdestoweniger können wir aus der Construction der dos communis für die Betrachtung unsrer Rechtsverhältnisse großen Vortheil ziehen; die Deutsche Gesammtbelehnung hat u. E. ganz denselben innren Bau. Das hoffen wir an einem andren Orte nachweisen zu können.

2. §. 38. Die Conpotestas und der Conpatronat.

Auch in der Potestas müssen sich Gesammtrechtsverhältnisse finden, da die Rechte an Personen sämmtlich untheilbar sind, und wenn sie Mehreren zustehen, nothgedrungen zu Gesammtrechtsverhältnissen hinführen. Freilich: bei patria potestas und manus sind sie unmöglich, allein in der potestas dominica über Sclaven sind sie leicht erkennbar.

Fast könnte es scheinen, als ob dies nicht bewiesen werden könne; denn Hand in Hand mit der dominica potestas geht das Eigenthum am Sclaven, ein durchaus theilbares Recht, welches (so möchte man glauben) die aus der Conpotestas fließende Gesammtberechtigung paralysiren muß. Allein in Wahrheit verhält es sich anders; denn Eigenthum und Potestas äußern sich auf verschiedne Weise.

Gaius [1]) giebt uns eine doppelte Wirkung der potestas dominica

1) Inst. 1, 52. Aufgenommen ist die Stelle in l. 1. §. 1. de his qui sui 1, 6. und in §. 1. I. eod. 1, 8.

an: erstens das jus vitae ac necis, und sodann den Rechtssatz, daß die Erwerbungen des Sclaven auf den Herrn übergehen. Das sind offenbar Befugnisse, welche im Eigenthum nicht enthalten sind, und bei denen demgemäß das Eigenthum nicht verhindern kann, daß die Potestas Mehrerer sich als Gesammtberechtigung darstellt.

Wie es nun mit dem jus vitae ac necis gehalten wurde, wenn der Sclave im Miteigenthum stand, darüber schweigen die Quellen gänzlich [1]). Um so deutlicher lassen sie sich über die andre Wirkung der Potestas aus; es gilt im Allgemeinen der Grundsatz, den wir später im Erbrecht als Folge der Gesammtberechtigung ausdrücklich ausgesprochen, in der Sclavenlehre aber nur angewendet finden: partes fiunt concursu, d. h. die Gesammtberechtigung bewirkt, daß jeder Inhaber der Potestas das Ganze zu erwerben berechtigt ist; da aber auf diese Weise eine Collision eintritt, so erwerben sie nur Theile. Die Gesammtberechtigung zeigt sich wiederum darin, daß, wo die Collision nicht eintritt, der Eine Socius allein das Ganze erwirbt; es sind dies folgende Fälle:

1) Das Eigenthum am Sclaven selbst wird von der Potestas getragen [2]); welcher Miteigenthümer daher seine Potestas durch Manumission verliert, verliert auch sein Eigenthum, und da nunmehr für den andren Miteigenthümer der Grund der Beschränkung seines bisherigen Eigenthums wegfällt, so erwirbt er den freigewordnen Eigenthumsantheil, ohne daß es etwa einem Dritten zustände, diesen zu occupiren. Für diesen Erwerb brauchen die Quellen denselben Ausdruck wie im Erbrecht: der Erwerb geschieht *jure*

---

1) Doch scheint aus l. 28. comm. div. 10, 3. hervorzugehn, daß wenn ein Socius von dem jus vitae ac necis ohne Grund Gebrauch machte, er dem andern verhaftet war; s. auch Paul. sent. rec. 4, 12. §. 5.

2) Daher schreibt man dem bonitarischen Eigenthümer die Potestas zu; man konnte sich kein Eigenthum am Sclaven, auch kein bonitarisches, ohne Gewalt an demselben denken; vgl. Gaius 1, 54. 2, 88. 3, 166. — Ebenso macht die Potestas allein den Sclaven fähig, etwas zu erwerben: ex persona domini jus stipulandi habet (pr. d. de stip. serv. 3, 17), und die Stipulation eines herrenlosen Sclaven ist deshalb nichtig (l. 36. de stip. serv. 45, 3). Die entgegengesetzte Ansicht von Savigny (System 2, 419), der vielmehr meint, der herrenlose Sclave erwerbe sich selbst, ist nicht richtig.

accrescendi [1]). Wo sonst Miteigenthum (ohne Potestas) stattfindet, hat die Dereliction eines Miteigenthümers nicht ein Accrescenzrecht zur Folge; zwar hat Böcking [2]) das Gegentheil behauptet, allein die Richtigkeit unserer Ansicht läßt sich aus den Quellen erweisen. Wenn nämlich ein Latinus Junianus, der als Sclave im Eigenthum Mehrerer stand, stirbt, so fällt sein Nachlaß jure quodammodo peculii an die Manumissoren, d. h. diese haben Miteigenthum daran; schlägt nun der eine die Erbschaft aus, so findet kein Accrescenzrecht für den andern statt, sondern es tritt Caducität ein [3]).

2) Alle diejenigen Erwerbungen, an welchen der eine Socius aus irgend welchen Gründen nicht Theil nehmen kann, macht der andre Socius allein: quodcunque ad omnes dominos non potest pertinere, id pro solido ad eum, cui acquiri potest, pertinere veteres comprobaverunt [4]).

3) Es steht aber auch in der Hand des Socius oder des Sclaven, die Erwerbung bloß auf die Potestas des Einen Socius zu gründen, und dadurch sie diesem allein zuzuwenden. Wenn daher der Sclave dem einen Socius nominatim oder zufolge Befehl desselben stipulirt, so erwirbt dieser allein [5]). Ueber den Fall wo ein Socius den Befehl ertheilt, der Sclave aber perfider Weise

---

1) Ulp. fr. 1, 18. Paulli sent. rec. 4, 12. §. 1. fr. Dosith. 10.

2) Pand. §. 157. §. c. §. 139. N. 16.

3) Gai. 3, 56. 62.

4) l. 12. de auct. et cons. 26, 8. Anwendungen s. in l. 12 cit. l. 1. §. 4. l. 7. §. 8. i. f. l. 8. l. 9. pr. de stip. serv. 45, 3.

5) l. 5. l. 7. pr. §. 1. de stip. serv. 45, 3. Im Falle der Jussus differirten die Sabinianer und Proculianer, Gaius 3, 167a. — Es verdient aufmerksam gemacht zu werden, daß, wenn beide Socii nominirt waren, es sich frug, ob dieselben pro parte virili oder pro parte dominica erwerben, die Römischen Juristen sind uneins (l. 7. pr. (Ulpian.) l. 37. (Pompon.) de stip. serv. 45, 3). Man sollte diese Controverse benutzen, um die in der Lehre von den Legaten wiederkehrende Streitfrage (l. 54. §. 3. l. 124. de leg. I. l. 17. de d. r. 45, 2.) für das zu erklären, was sie ist: nämlich für eine Antinomie, die durch Interpretation oder Conjectur nimmer zu heben sein wird. Die verschiedenen Ansichten s. bei Vangerow Bd. 2. §. 521. Anm. 3, und vgl. l. 8. §. 1. de statulit. 40, 7. (von Pomponius, von welchem l. 37. de stip. serv. herrührt) und l. 22. §. 1. eod. (von Paulus, von dem auch l. 17. de d. r. 45, 2. herrührt).

einem andren Socius namentlich ſtipulirte, herrſchte Streit unter den Römern, der durch Juſtinian entſchieden wurde [1]).

4) Stützt ſich das Recht, durch den Sclaven zu erwerben, auf die Poteſtas, ſo folgt daraus, daß die Herrn immer gleiche Theile erwerben, wenn auch ihre Eigenthumsantheile am Sclaven verſchieden ſind. Zu dieſer Conſequenz verſtanden ſich nun zwar die Römer bei dem Nachlaß eines Freigelaßnen, bei welchem der Patronat die Stelle der Poteſtas erſetzt (ſ. S. 411.), nicht jedoch bei den Erwerbungen eines Sclaven; in dieſem Fall erwarben die Herrn nicht zu gleichen Theilen, ſondern nach Verhältniß ihrer Eigenthumsantheile. Der Grund dieſer Abweichung liegt u. E. in Folgendem: Die gewöhnlichen Erwerbungen eines Sclaven, der kein Peculium hatte, beſtanden in dem Miethszins für ſeine Dienſte; dieſe Dienſte freilich mußten nach den Eigenthumsquoten vertheilt werden, und deshalb nahm man als Regel an, daß alle Erwerbungen des gemeinſchaftlichen Sclaven ſich nach den Eigenthumsantheilen richten. Daher iſt es auch erklärlich, daß l. 5. de stip. serv. 45, 3. dieſe Regel nicht mit der Poteſtas, ſondern mit dem Dominium in Verbindung bringt, trotzdem die Poteſtas der Grund iſt, daß der Herr überhaupt durch den Sclaven erwirbt:

> Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore. *Et ideo* si quid stipulatur vel quaqua alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro parte qua dominium in eo habent.

Die Geſammtberechtigung zeigt ſich weiter, wie in der Poteſtas, ſo auch im Patronat.

Der Patronat äußert ſich in mannigfacher Art. Der Freigelaßne iſt zu Gehorſam und Ehrerbietung verpflichtet, er darf keine ehrenrührige Klage gegen den Patron anſtellen, überhaupt ihn nicht ohne Erlaubniß des Prätor verklagen; er muß den Patron alimentiren, ihm Dienſte leiſten, ihm das benef. competentiae geſtatten; wegen Undankbarkeit kann er in die Sclaverei vindicirt werden. Wenn nun mehrere Patrone vorhanden ſind, ſo ſtehen jedem der-

1) l. 3. C. per quas pers. nobis acqu. 4, 27.

selben die soeben aufgezählten Befugnisse unabhängig von dem andren zu. Allein hierin liegt keine Gesammtberechtigung, es fehlt hierzu an der Einheit des Rechts. Zwar der Conpatronat ist ein einiger, und da er Jedem ungetheilt zusteht, so enthält er eine Gesammtberechtigung; es gehen jedoch aus dem Patronat eine Anzahl besondrer Rechte (die oben aufgezählten) hervor, und diese entstehen für jeden Patron besonders; es ist ein ähnliches Verhältniß wie in dem Falle, wenn ein Grundeigenthümer den Nachbaren einzeln dieselbe Servitut bestellt. Eine Einheit des Rechts besteht bloß hinsichtlich zweier aus dem Patronat hervorgehender Rechte: in der Vormundschaft und im Erbrecht.

1) Was die Vormundschaft betrifft, so steht sie über einen unmündigen Freigelaßnen sämmtlichen Conpatronen zu; stirbt einer, so rückt dessen Agnat nicht auf; dies geschieht erst, wenn sämmtliche Patrone gestorben oder capite deminuirt sind; dann gelangt die Vormundschaft an die Söhne der Patrone, und wenn auch diese sämmtlich verstorben sind, an die Enkel[1]). Diese Grundsätze sind der Gesammtberechtigung durchaus conform; zunächst nämlich müssen die sämmtlichen Freilasser als solche die Tutel erlangen; stirbt nun aber einer von ihnen, so kann dessen Sohn nicht etwa als dessen Erbe die Tutel beanspruchen, weil diese nicht vererblich ist[2]); erlangen könnte er sie erst durch eine neue Delation, und diese wird durch die Gesammtberechtigung verhindert. Das Recht der Conpatrone nämlich ist wie bei jeder Gesammtberechtigung ein relativ ausschließliches[3]), relativ deshalb, weil jeder die gleichzeitige Berechtigung des Genossen anerkennt; da nun mit dem Tode des Einen diese Gleichberechtigung wegfällt und nicht auf den Erben übergeht, so wird der Ueberlebende alleiniger Tutor. Allein man wird uns entgegenhalten, daß die Tutel über Freigelaßne der Erbschaft nachgebildet sei[4]), und da im Erbrecht der dem Grade nach

1) l. 3. §. 4—7. de leg. tut. 26, 4. Rudorff Vorm. 1, 223. 224.

2) l. 16. §. 1. de tut. 26, 1: Et sciendum est, nullam tutelam hereditario jure ad alium transire.

3) Abschn. 1. §. 3. S. 79. 80.

4) Die zwölf Tafeln schweigen über die Tutel über Freigelaßne; erst die Jurisprudenz wies sie dem Patron nach Analogie der Erbschaft zu. Gai. 1,

näher ſtehende Agnat den entfernteren ausſchließt, ſo habe auch bei der Tutel das Gleiche ſtattfinden müſſen. Wir müſſen uns deshalb zum Erbrecht wenden.

2) Das patronatiſche Erbrecht iſt dem der Freigebornen gewiß nachgebildet, und ſo findet denn der Grundſatz Statt, daß die Gradesnähe entſcheidet. Bei mehreren Patronen alſo ſchließt der lebende Conpatron den Sohn des verſtorbnen Conpatrons, der Sohn den Enkel aus u. ſ. w.[1]). Von größrer Wichtigkeit für uns iſt die Regel, daß mehrere Conpatrone wie auch ihre Nachkommen in capita erben, ohne Rückſicht auf die Eigenthumsquoten, welche ſie an dem Freigelaßnen, als er noch Sclave war, hatten[2]). Zwar erben auch Agnaten in capita, dies jedoch nur deshalb, weil Jeder in gleicher Verwandtſchaft zum Erblaſſer ſteht. Wenn demnach mehrere Conpatrone resp. ihre Nachkommen zu gleichen Theilen erben, ſo kann dies nur darin ſeinen Grund haben, daß auch der Conpatronat Allen gleiche Rechte gewährt, gleichviel welches die früheren Eigenthumsquoten am Sclaven waren. So gelangt man wiederum zu dem Schluſſe, daß in dem Conpatronat eine Vollberechtigung mit relativer Ausſchließlichkeit liegt; leben beide Conpatrone, ſo theilen ſie gleich: partes concursu fiunt; lebt bloß der eine, ſo hat dieſer allein ein Erbrecht, weil der Patronat kein vererbliches Recht iſt. Weil aber der Patronat wie die Perſon ſelbſt, an welcher er ſtattfindet, einig und untheilbar iſt, ſo iſt der Conpatronat ein Geſammtrechtsverhältniß; er entſteht zunächſt für die als Einheit zuſammengefaßte Perſon der Conpatrone (Geſammtpatronate), aus dieſem geht dann für jeden Conpatron ein ſelbſtändiger Sonderpatronat hervor.

---

165. Ulp. fr. 11, 3. tit. J. de leg. patr. tut. 1, 17. Daher recurrirt auch der Juriſt in l. 3. §. 7. de leg. tut. 26, 4, um die Perſon des Tutor des Freigelaßnen zu beſtimmen, auf das patronatiſche Erbrecht.

1) Ulp. fr. 27, 2. 3. Gai. 3, 60. Paul. sent. rec. 3, 2. §. 1. §. 3. i. f. J. de succ. lib. 3. 7. l. 23. §. 1. de bon. lib. 38, 2.

2) Gai. 3, 59. 61. Ulp. 27, 4. Paul. sent. rec. 3, 2. §. 3. §. 3. J. de succ. lib. 3, 7; das in letztrer Stelle erwähnte Juſtinianeiſche Geſetz iſt in den Baſiliken 49, 1, 4. erhalten, deſſen §. 19. alſo lautet: *ὅσοι δὲ ἂν εὑρεθῶσιν πάτρωνες, κἂν ἐξ ἀνίσων μερῶν ἦσαν δεσπότιαι τοῦ οἰκέτου, μεθ' ὃ γένωνται πάτρωνες, ἐξ ἴσου κληρονομοῦσιν.*

3. §. 39. Die Contutel und Concura.

Mag es sich um die Ergänzung einer wehrlosen Persönlichkeit handeln, welche ein Geschäft, das publicistische Formen fordert, wegen ihrer Wehrlosigkeit nicht vornehmen kann, oder mag ein bloßer Act der Vermögensverwaltung zu erledigen sein; mit andren Worten, mag Tutel oder Cura vorliegen[1]): immer müßte die Auctoritas eines einzigen Tutor, die Verwaltung eines einzigen Curator genügen, um der vorgenommnen Handlung die rechtliche Geltung zu verschaffen. Werden dennoch mehrere Tutoren und Curatoren bestellt, so kann damit entweder gemeint sein, daß jeder Einzelne unabhängig von dem andren auctoriren und geriren solle, oder daß sie sämmtlich nur in Gemeinschaft handeln sollen. In letztrem Falle wäre sicherlich ein Gesammtrechtsverhältniß begründet; es wäre ein Gesammtrechtsverhältniß ohne Sonderrechte, d. h. in einer Gestalt, wie es nur noch bei der dos communis patri et filiae wiederkehrt[2]); nicht weniger aber liegt im ersten Falle ein Gesammtrechtsverhältniß vor; denn wie die Persönlichkeit resp. die Familia ein einziges untheilbares Ganzes ist, so giebt es auch nur Eine Tutela und Eine Cura, Eine Auctoritas und Eine Administratio; es können also nicht mehrere Vormundschaften neben einander bestehen wie mehrere Solidarobligationen[3]); vielmehr muß man die Eine Vormundschaft zur Grundlage des ganzen Verhältnisses machen, und aus derselben vormundschaftliche Sonderrechte ableiten.

Im Vorstehenden ist der Gegensatz gezeichnet, welcher sich in der Mitvormundschaft gegenüber den meisten andren Gesammtrechtsverhältnissen des Römischen Rechts darstellt. In der Gesammtservitut und in der Correalobligation handelt jeder Gesammtberechtigte ganz unabhängig vom Genossen; die Ursache hievon liegt darin, daß die Natur des Gesammtrechtsverhältnisses ein solches einseitiges Handeln gestattet, das practische Interesse es verlangt. Ließe sich nun in der Mitvormundschaft irgend ein Grund auffinden, welcher ein Zu-

1) Hierüber vgl. Löhr in seinem Magazin 4, 1—71. und Rudorff Vorm. 1, 20—50.

2) S. oben Abschn. 1. S. 80. und oben in diesem Abschn. §. 37.

3) S. jedoch die singuläre Ausnahme der l. 21. §. 2. de exc. 27, 1.

sammenhandeln der Mitvormünder erheischte, so würde der Begriff des Gesammtrechtsverhältnisses durchaus nicht verletzt werden, wenn die vormundschaftlichen Acte nur von allen Vormündern zugleich vorgenommen werden dürften. Die Quellen nehmen nun zwar an, daß auch bei der Mitvormundschaft das practische Interesse es verlange, daß jeder Vormund unabhängig vom andren handle:

l. 3. §. 6. de adm. 26, 7: Apparet igitur praetori curae fuisse, ne tutela per plures administretur, quippe etsi pater non destinaverit, quis gerere debeat, attamen id agit, ut per unum administretur; *sane enim facilius unus tutor et actiones exercet et excipit ne per multos tutela spargatur* [1]).

l. 24. §. 1 eod.: ... duo simul agere non possunt.

Indessen ist in Erwägung zu ziehen, daß gewisse Vormünder (die testamentarischen und die von der Obrigkeit gesetzten) ihre Befugnisse lediglich von dem Willen desjenigen, der das Recht zur Bestellung hat, ableiten; geht nun dieser Wille dahin, daß die Vormünder nur allsammt handeln sollen, so muß er beobachtet werden, daher die Entscheidung der

l. 47. pr. de adm. 26, 7: Titium et Maevium tutores quis dedit et cavit: *βούλομαι καὶ παραχαλῶ, πάντα γίνεσθαι μετὰ τοῦ Μαβίου τοῦ ἀδελφοῦ μοῦ γνώμης, καὶ δίχα αὐτοῦ τὸ γινόμενον ἄκυρον ἔστω.* Titius solus a debitoribus exegit: an liberati essent? Respondi, si et administrationem Maevio dedisset, non recte solutum [2]).

---

1) Die Glosse facilius zu l. 3. §. 6 cit. hat daraus einen Vers gemacht: segnius expediunt commissa negotia plures.

2) Im Zweifel wird dieser Wille so ausgelegt, daß auch Einer geriren darf; l. 24. §. 1. de adm. tut. 26, 7: Si duobus simul tutela gerenda permissa est vel a parente vel a contutoribus vel a magistratibus, *benigne accipiendum est*, etiam uni agere permissum, quia duo simul agere non possunt. Unter den Worten „a contutoribus" ist kein Privatauftrag der Vormünder zur Gestio zu verstehen, denn deren Privatübereinkunft hat keinen juristischen Effect (l. 46. §. 1. de adm. 26, 7), sondern ein Auftrag des Magistrats, welcher zufolge Antrags der Vormünder geschehen ist (vgl. l. 3. §. 7 sqq. de adm. 26, 7); mit den nachherigen Worten „a magistratibus" ist ein Auftrag des Magistrats *ex officio* bezeichnet; vgl. Rudorff Vorm. 2, 236 f. — Uebrigens beschränkt Rudorff Vorm. 2, 238. die Vorschrift der Ler auf die Klaganstellung. Allein agere ist nicht bloß Klaganstellung: actum

Sieht man aber von einem solchen Willen desjenigen, der den Vormund bestellt hat, ab, so wird als Regel hinzustellen sein, daß jeder Vormund unabhängig von dem andren handeln darf, da, wie bemerkt, das Gesammtrechtsverhältniß es zuläßt und das practische Interesse es hier wie anderwärts verlangt. Indessen ist mit dieser Regel unsre Materie durchaus nicht erschöpft; es erscheint vielmehr eine Detailbetrachtung nothwendig, in welcher wir die tutela resp. cura indivisa von der divisa, und die tutores gerentes von den honorarii einerseits, die administratio von der auctoritas andrerseits unterscheiden.

1) Die ungetheilte Vormundschaft. Die Administration[1]) wie die Interponirung der Auctoritas steht Jedem einzeln selbständig zu. Eine Ausnahme bilden nur die gesetzlichen Vormünder; diese sollen gemeinschaftlich handeln, also gemeinschaftlich administriren und gemeinschaftlich Auctoritas interponiren; doch wird, sofern es sich um Administratio handelt, angenommen, daß der Abwesende zustimme, und ihm deshalb nur, wenn er gegenwärtig ist, ein Einspruchsrecht verliehen[2]). Es zeigt diese Bestimmung, wie sehr die Befugnisse der im Gesammtrechtsverhältniß stehenden Personen sich nach dem Zweck und der Bedeutung des concreten Rechtsinstituts richten, bei welchem das Gesammtrechtsverhältniß ausgebildet ist[3]); die tutela legitima nämlich hat zum Zweck, die agnatischen Successionsrechte zu wahren; sie ist nicht sowohl ein Munus als ein Jus[4]), während jede andre Tutel den Character einer Amtspflicht

---

generale verbum est sive verbis sive re quid agatur, heißt es in l. 19. de verb. sign. 50, 16, und die Zeugnisse für diese Bedeutung des agere lassen sich mit Leichtigkeit vermehren. — Mit uns stimmt Cujacius überein.

1) l. 3. pr. l. 24. §. 1. de adm. 26, 7. l. 2. §. 2. l. 3. de cur. bonis dand. 42, 7. l. 14. §. 5. de sol. 46, 3. Das Allg. Preuß. Landr. II, 18. §. 115—117. hingegen verlangt, daß alle Vormünder einstimmig seien und gemeinschaftlich handeln, sie „stellen eine moralische Person vor".

2) l. 7. §. 3. de cur. fur. 27, 10. Cic. pro Flacc. c. 34. 84. Ulp. fr. 11, 26. l. 5. C. de auct. praest. 5, 59. Rudorff Vorm. 2, 232. 301. 302. Mit Unrecht geben Arndts Pand. §. 458. und Puchta Pand. §. 352. jedem (auch dem nicht gesetzlichen) Vormund das Einspruchsrecht. Dasselbe ist seit l. 5. C. cit. selbst dem gesetzlichen Vormund nicht mehr zuzusprechen.

3) S. Abschn. 1. §. 3. S. 79 f.

4) Gai. 1, 192. l 1. pr. de leg. tut. 26, 4. Rudorff Vorm. 1, 9 f.

hat; deshalb soll das Handeln des einen gesetzlichen Vormunds dem andren nicht zu Schaden gereichen, und deshalb wird das gemeinschaftliche Handeln verlangt resp. (in l. 7. §. 3. de cur. fur.) fingirt. Zu Justinians Zeit freilich hat sich dieser Character der legitima tutela ganz verloren; consequenterweise hat er deshalb den Grundsatz, daß die Auctoritas eines einzigen Tutor genüge, zur allgemeinen Regel aller Vormundschaften erhoben, und nur bei Geschäften, welche die Aufhebung der Vormundschaft zur Folge haben (z. B. Arrogation) gemeinschaftliches einstimmiges Handeln aller Vormünder verlangt[1]). — Aus l. 5. C. cit. lernen wir noch eine andre Ausnahme des älteren Rechts hinsichtlich der Auctoritas kennen: es sollen nämlich diejenigen Tutoren, die ohne Inquisition obrigkeitlich gegeben sind, gleichfalls nur gemeinschaftlich die Auctoritas interponiren dürfen; indeß trägt diese Bestimmung das büreaukratische Gepräge so sehr an sich, daß es nicht geboten erscheint, noch einen juristischen Grund aufzusuchen. — Noch verdient die Bemerkung Platz, daß, wo die Vormünder gemeinschaftlich handeln, sie für Eine Person angesehen werden[2]).

2) Die tutores resp. curatores gerentes und honorarii. Daß die Gerentes vollständige Administration und Auctoritas haben, versteht sich von selbst. Zweifelhaft ist die Stellung des Honorarius; die Quellen unterscheiden zwischen einem solchen, welchem die Administration ausdrücklich interdicirt ist, und einem solchen, bei welchem dies nicht geschehen ist; an erstren kann Zahlung geleistet werden[3]), eine Veräußerungsbefugniß steht ihm dagegen nicht zu; deshalb gilt auch seine Auctoritas nicht, wo es sich um Veräußerung handelt,

---

Daher wird selbst bei der leg. tut. der Compatrone die Erbietung eines Mitvormundes zur Satisdation, durch welche er das Recht der Gestio auf sich concentrirt, nur ex magna causa gestattet. l. 5. §. 4. de leg. tut. 26, 4. Rudorff a. a. O. 2, 233. 234.

1) l. 5. C. de auct. praest. 5, 59. Spuren des ältren Rechts finden sich noch in folgenden Dig.stenfragmenten: l. 4. l. 5. pr. l. 7. §. 1. de auct. tut. 26, 8.

2) l. 9. pr. de pact. 2, 14: .. et quum tutores pupilli creditoris plures convenissent, unius loco numerantur, quia unius pupilli nomine convenerant.

3) l. 14. §. 1. §. 6. de sol. 46, 3. Rudorff Vorm. 1, 238. 239.

wohl aber gilt sie dann, wenn das vorgenommne Geschäft keinen Eingriff in die Administration ist, z. B. bei einer Erbschaftsantretung[1]). — Aus dem Gesagten ergiebt sich, daß das Recht des Honorarius zur Administration und Auctoritas, wenn überhaupt, jedenfalls nur factisch ruht, nicht also rechtlich aufgehoben ist. Geltend gemacht wird dieses factische Ruhen dadurch, daß der Prätor die Handlungen des Honorarius nicht genehmigt, indem er Klage und Einrede daraus verweigert[2]).

3) Die getheilte Vormundschaft. Ein factisches Ruhen, nur in andrer Weise gestaltet, findet auch bei der getheilten Vormundschaft Statt. Diese Theilung betrifft nämlich bloß die Verwaltung, nicht das Recht der Vormundschaft: divisio tutelae, heißt es in l. 36. de adm. 26, 7, non juris sed jurisdictionis est, und deshalb greift gegen den Vormund, der wegen eines außerhalb des ihm zugewiesnen Geschäftszweiges oder Ortes vorgefallnen Geschäfts klagt, nur Exceptio durch; ipso jure also ist er im Rechten[3]). Jeder Vormund also hat innerhalb des ihm zugewiesnen Geschäftszweiges oder Ortes unbedingtes Recht zur Administration und Auctoritas, außerhalb derselben hat er die Stellung eines Honorarius[4]).

Bisher betrachteten wir die Gesammtvormundschaft nur vom Standpunkt der Berechtigung aus, und fanden in ihr eine Gesammtberechtigung. Die Frage aber, ob sie auch eine Gesammtverpflichtung erzeugt, liegt eben so sehr innerhalb des Bereichs unserer Aufgabe. Beantwortet haben wir die Frage bereits in Abschnitt 6. §. 17,

---

1) Das ist die jetzt wohl allgemein angenommene Vereinigung der scheinbar widersprechenden l. 4. de auct. 26, 8. und l. 49. de acq. her. 29, 2. vgl. Rudorff Vorm. 2, 302 f. Vangerow Pand. §. 281. Anm. Aufgestellt ist diese Erklärung von Cujaz (ad Afric. tract. IV. ad l. 49. de acq. her. in opp. 1, 1355); andre Erklärungen s. in der Glosse zu l. 4. de auct. 26, 8, welcher Löhn (Magazin 3, 29. N. 2) beitritt, und bei Zöpfl Vergleichung der Röm. Tutel S. 46 ff. Vgl. auch Glück Pand. 29, 188 f. 33, 101 f.

2) Daher ratum a praetore haberi non debet in l. 4. de auct. 26, 8.

3) l. 4. de adm. 26, 7.

4) l. 1. §. 2. quod falso tut. 27. 6. l. 5. C. de auct. praest. 5, 59. l. 39. §§. 3. 7. 8. l. 47. §. 2. de adm. 26, 7. l. 100. de sol. 46. 3.

als wir die Obligation mehrerer Mitvormünder zu der Solidarität zweiter Art stellten; ihre ausführlichere Begründung verschoben wir jedoch hieher.

In dieser Beziehung ist nun auf den Character der actio tutelae und der utilis curationis causa actio aufmerksam zu machen [1]). Letztre ist eine bloße Anwendung der actio negotiorum gestorum, aber auch die erstre hat ganz und gar den Character einer solchen; sie werden deshalb beide nach älterem Römischem Recht bloß gegen diejenigen Vormünder gegeben, welche wirklich gerirt haben [2]). Erst unter Claudius erfuhr dieses Recht eine Aenderung, nunmehr konnten nämlich die Angehörigen des Pupillen den cessirenden Tutor bei den Consuln verklagen, welche extra ordinem dahin erkannten, daß er auf eigne Gefahr mit der Verwaltung zögre (periculo suo cum cessare); dieses Präjudicialerkenntniß erzeugte dann eine actio tutelae utilis auf Schadensersatz wegen der unterlassnen Administration; als dann die Tutelarprätur eingerichtet wurde, wurde auch ohne Präjudicialdecret die gedachte actio utilis gewährt [3]).

Ist aber dies der Character der Klagen aus der Vormundschaft, so ist von selbst erwiesen, daß die Obligation der Gesammtvormünder keine Correalobligation sein kann. Denn eine Correalobligation kann nur aus einem Versprechen entspringen; die Obligation der Gesammtvormünder aber entspringt aus ihren Handlungen resp. aus ihren Unterlassungen [4]). Gerade dies ist der Character der Solidarobligationen zweiter Art [5]), und so rechtfertigt sich nunmehr unsre Ansicht, in der Gesammtvormundschaft eine Solidarobligation zweiter

1) Vgl. hiezu Ruderff Verm. 3, 1 ff. Brinz Pand. S. 446. 457. Gaius 1, 191.

2) l. 4. §§. 3. 7. rem pup. 46, 6. l. 5. §. 3. l. 39. §. 11. de adm. 26, 7. l. 37. §. 1. de exc. 27, 1.

3) Vat. fr. §. 155. l. 1. §. 1. de adm. 26, 7. Ruderff Verm. 3, 8 ff. Ribbentropp Correalobl. S. 50 ff. namentlich S. 54.

4) Treffend sagt Ruderff Verm. 3, 5: „der Quasicontract des Tutor ist nicht in der Uebernahme des Amts im Ganzen, sondern in jedem Administrationsact insbesondre enthalten; nur werden alle diese einzelnen Obligationen am Ende der Amtsführung in eine einzige Klage zusammengefaßt".

5) Vgl. oben Abschnitt 6. §. 17.

Art zu finden. Daraus folgt denn namentlich der Grundsatz, daß der Schaden, welchen der eine Vormund veranlaßt hat, von dem andren nur dann eingeklagt werden darf, wenn er sich in Culpa befindet [1]). Freilich ist die Art der Culpa nach Art der Verwaltung verschieden: bei einer tutela indivisa nämlich muß jeder von einem Collegen verursachte Schaden ersetzt werden, insofern derselbe durch eigne fleißige Administration des Verklagten hätte abgewendet werden können; der tutor honorarius haftet nur für denjenigen Schaden des Collegen, bei welchem er nicht den Beweis einer fleißigen Controlle über den Collegen erbringen kann [2]). Der Grund der Abweichung liegt auf der Hand: bei tutela indivisa darf Jeder geriren, der tutor honorarius hat kein Administrationsrecht. — Nach Art der Verwaltung scheidet sich ferner die Haftung in eine principale und subsidiäre; der Honorarius [3]) nämlich haftet nur subsidiär (und zwar nicht etwa in der Weise, daß er eine Exceptio vorschützt, sondern daß er eine Defensio hat [4])), nämlich erst dann, wenn es gewiß ist, daß der ausgeklagte Gerens insolvent ist [5]). — Das sind Bestimmungen, welche nur mit dem Character einer Solidarobligation zweiter Gattung harmoniren; diejenigen Stellen also, in welchen Gesammtvormünder als debitores ejusdem pecuniae bezeichnet werden [6]), enthalten nicht genaue Bezeichnungen. Es ist bekannt, daß auch die übrigen Grundsätze von Solidarobligationen bei Gesammtvormündern zutreffen: die Litiscontestation mit dem einen befreit den andren nicht [7]); die Befreiung des einen durch Testament und pactum de non petendo wirkt für die andren nur insofern, als sie nicht mehr aus den Handlungen des Befreiten in

1) l. 12. rem pup. 46, 6. l. 41. de adm. 26, 7. l. 6. C. arb. tut. 5, 51.

2) l. 3. §. 2. l. 14. l. 38. pr. §. 1. l. 39. §. 11. l. 55. §§. 3. 4. de adm. 26, 7. l. 2. C. si tutor non gess. 5, 55.

3) Später auf andre ausgedehnt, die nicht durch die Obrigkeit von der Verwaltung dispensirt sind. l. 3. C. de div. tut. 5, 52. l. 8. C. de adm. 5, 37.

4) l. 8 C. de adm. 5, 37.

5) l. 6. C. arb. tut. 5, 51. l. 3. §. 2. l. 46. §. 6. de adm. 26, 7.

6) l. 38. l. 45. de adm. 26, 7. Ribbentropp Correalobl. S. 67 f.

7) l. 18. §. 1. l. 42. de adm. 26, 7. l. 1. §. 18. l. 15. de tut. act. 27, 3. l. 1. §. 43. dep. 16, 3. l. 3. C. de div. tut. 5, 52. Ribbentropp Correalobl. S. 71.

Anspruch genommen werden dürfen [1]); Grund hiefür ist, daß wegen der Befreiung des einen den andern das beneficium excussionis und cedendarum actionum genommen ist; handelt es sich aber um eine gemeinschaftliche Culpa oder um eine eigne Culpa des Verklagten, so nützt ihm jene unförmliche Befreiung des Genossen nichts, weil der so eben angeführte Grund nicht zutrifft [2]). Befreiend für alle Gesammtvormünder wirkt nur die Zahlung [3]) und Acceptilation [4]).

1) l. 41. l. 45. de adm. 26, 7; letztre Stelle ist übrigens jedenfalls corrumpirt; s. Cujac. opp. post. 2, 1162. und Ribbentropp Correalobl. S. 72 ff.

2) l. 41. de adm. 26, 7. l. 1. C. de transact. 2, 4. l. 15. de tut. act. 27, 3.

3) l. 15. l. 21. de tut. act. 27, 3. l. 25. de adm. 26, 7. l. 76. de sol. 46, 3.

4) l. 16. pr. de acc. 46, 4; vgl. oben Abschn. 6. §. 22. S. 271. §. 27. S. 314. N. 3.

Achter Abschnitt.

Die Gesammtrechtsverhältnisse im Erbrecht.

Erstes Capitel.

Das Accrescenzrecht.

§. 40.

In Abschnitt 7. §. 38. war als Folge der Conpotestas hingestellt worden, daß, wenn der eine Miteigenthümer an den Erwerbungen des Sclaven aus irgend welchem Grunde keinen Antheil nehmen kann, der andre Miteigenthümer dieselben ganz erwirbt. Etwas Aehnliches findet sich in der Lehre von der Erbschaft und vom Legat: was ein mitberufner Erbe und ein Collegatar nicht erwirbt, fällt dem Andren ganz zu. Daß diese Rechtsregel in jenem Fall zu keinem technischen Ausdruck hinführt, während sie in diesem Accrescenzrecht genannt wird, ist gewiß von keiner Bedeutung; vielleicht geschah dies deshalb, weil die Regel bei Miteigenthümern eines Sclaven nur selten, bei Miterben und Collegataren sehr häufig eintritt; vielleicht (und das ist das Wahrscheinlichere) deshalb, weil der das Ganze erwerbende Miteigenthümer des Sclaven sofort im Augenblick des Erwerbs durch den Sclaven das Ganze erhält, während der Miterbe und Collegatar, welchem accrescirt, zunächst, solange der Andre deliberirt, bloß einen Theil einklagen kann (s. S. 432 ff.).

Ist nun in der Conpotestas eine Gesammtberechtigung enthalten, so wird a priori der Schluß gerechtfertigt sein, daß jene auch bei Miterben und Collegataren stattfindet. Doch können wir

es nur von coheredes und von collegatarii per vindicationem behaupten; bei ihnen allein findet nach altem R. R. das Statt, was als Kennzeichen der Gesammtberechtigung hingestellt worden ist: das Accrescenzrecht.

Bevor wir uns zu dem Gegenstande selbst wenden, müssen wir die Auseinandersetzung einer Frage vorausschicken, von welcher später Gebrauch gemacht werden wird; der Frage nämlich, welch eine rechtliche Stellung der Erbe und Legatar vor dem Erwerbe der Erbschaft resp. des Legats einnimmt. Die Quellen lehren in dieser Beziehung:

l. 31. pr. de m. c. don. 39, 6: ... certe enim et qui hereditario aut legati aut fideicommissi jure capit, *ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem.*

So auch l. 151. de verb. sign. 50, 16: Hereditas delata intelligitur, *quam quis possit adeundo consequi;*

d. h. der Erbe und Legatar haben die Gelegenheit erhalten, Etwas zu erwerben. Diese Gelegenheit (Befugniß), die Erbschaft resp. die Sache zu erwerben, wird sicherlich als ein Recht in den Quellen behandelt, aber fast von allen unsren Schriftstellern nicht als solches classificirt.

Zeugnisse dafür, daß es als ein Recht in den Quellen behandelt wird, sind folgende: der Intestaterbe kann die Erbschaft vor dem Antritt in jure cediren; das Legat wird immer vor dem dies veniens, die Erbschaft zuweilen transmittirt; die Exception der Erbschaft ist schon vor der Acquisition möglich; ja, auch die Annahme resp. Ausschlagung sind ein Beweis dafür, denn sie sind nur dann von Wirkung, wenn wirklich deferirt ist, hingegen unwirksam, wenn der Erblasser noch nicht verstorben ist oder die Bedingung noch schwebt [1]); die Unwirksamkeit folgt daraus, weil noch nichts da ist, was angenommen oder ausgeschlagen werden könnte; wo also die Annahme resp. Ausschlagung wirksam ist, muß doch ein Recht vorhanden sein, welches dazu ermächtigt.

Allein jenes Recht wird fast von allen unsren Schriftstellern

1) Zwar giebt es später einen Antritt einer bedingten Erbschaft, dies aber nur aus Billigkeitsgründen; eine Ausschlagung einer bedingten Erbschaft giebt es nicht.

nicht classificirt. Was wir darüber gefunden haben, ist folgendes. Puchta [1]) vergleicht die Stellung des berufnen Erben vor dem Erbschaftsantritt mit demjenigen, welchem ein Vertrag proponirt worden; das ist gewiß richtig, aber die Schwierigkeit ist damit nur an einen andren Ort geschoben, und dies ist um so erheblicher, als über das Recht dessen, welchem eine Proposition gemacht ist, durchaus nicht Einstimmigkeit herrscht [2]). Bei dem Legat nimmt man großentheils schon mit dem dies cedens den Erwerb des Vermächtnisses an, nur daß dieser bis zum dies veniens nicht geltend gemacht werden könne [3]). Dem ist jetzt Brinz [4]) entgegengetreten; er setzt den Zeitpunkt des Erwerbs in den dies veniens, mit diesem sei das Recht des Legatars geboren und fertig, denn erst dann gebe es einen Onerirten; mit dem dies cedens trete es in rerum naturam ein, beginne es zu werden, und damit der dies cedens (mit welchem der Legatar das Legat gewissermaßen verdient habe) nicht wirkungslos sei, werde das Legat transmittirt. Gewiß ist diese Ansicht von Brinz die richtige [5]); namentlich spricht hierfür der von Brinz angeführte Umstand, daß, wo aus irgend einem Grund die Vererblichkeit wegfällt, auch der dies cedens nicht in den Todestag des Erblassers fällt, sondern mit dem dies veniens coincidirt [6]); der dies cedens ist (können wir hinzufügen) um der Vererblichkeit wegen da, nicht etwa die Vererblichkeit eine Folge der dies cedens; da es sich z. B. darum handelt, den dies cedens der legirten Personalservitut zu bestimmen, so heißt es in

---

1) Vergl. §. 450. (4. Ausg. 2, 319).

2) Scheurl (in Gerber und Iherings Jahrb. 1858. S. 274 f.) giebt ihm die act. mandati, Bekker (in seinem und Muthers Jahrb. 1858. S. 367 f.) die Contractsklage oder die act. doli. Nach meiner Meinung ist ihm die act. injuriarum zu geben; s. Baron in Gruchot's Beiträgen Bd. 5. S. 82.

3) Roßhirt Verm. 1, 474. Puchta §. 539. Er spricht sogar von dem Erwerb einer Forderung gegen den Onerirten, trotzdem doch vor dem Antritt der Erbschaft kein Onerirter vorhanden ist); Arndts Pand. §. 554. Sintenis Civilr. §. 213. Mühlenbruch Pand. §. 740.

4) Pand. S. 948 f.

5) Wie könnte sonst selbst nach Sabinianischer Ansicht das Eigenthum der per vind. legirten Sache erst mit dem Erbschaftsantritt erworben werden?

6) S. l. 2. l. 3. l. 7. §. 6. l. 8. l. 9. qu. d. leg. 36, 2.

l. 2. 3. qu. de leg. 36, 2: Si pure sit ususfructus legatus vel usus vel habitatio, neque eorum dies ante aditam hereditatem cedit, neque petitio ad heredem transit; idem et si ex die sit ususfructus relictus; *nam quum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem ejus cedere dixerit.*

Das heißt: nur wenn das Legat transmittirt wird, cedirt der Dies vor dem Erbschaftsantritt, oder mit andren Worten: damit das Legat transmittirt werden könne, nimmt man sofort mit dem Tode des Erblassers den dies cedens an. Die Transmission ist demnach, um es zu wiederholen, keine Wirkung des dies cedens, ihr Grund ist vielmehr die reine Billigkeit: es soll der allzuspät erfolgte Erbschaftsantritt der Liberalität des Erblassers, welche sich in den Legaten ausspricht, nicht hindernd in den Weg treten; die Transmission ist ebensosehr hier ein Product der Billigkeit wie bei der transmittirten Erbschaft, nur daß bei der Erbschaft der Grund der Billigkeit ein andrer ist und selten eintritt, während er bei Legaten die Regel bildet [1]; der dies cedens hat bloß die Bedeutung, dieser Billigkeit die Grenze zu setzen; da nämlich jedes Legat ein Geschäft von Todeswegen ist, so soll die Billigkeit nicht etwa soweit ausgedehnt werden, daß dadurch der Character des Geschäfts verändert wird; stirbt also der Honorirte vor dem Erblasser oder vor erfüllter Bedingung u. s. w., so ist die Transmission unmöglich; deshalb setzt man den dies cedens in den Augenblick des Todes u. s. w.; wo die Transmission aus andren Gründen unzulässig ist (z. B. das legirte Recht ist höchstpersönlich), ist die Unterscheidung von dies cedens und veniens überflüßig; Ulpian hält sie zwar in l. 2. l. 3 citt. theoretisch aufrecht, aber seine Deduction muß sich deshalb zu einem »frustra est« bequemen.

Etwas aber vermißt man in der Darstellung von Brinz. Welcher

1) Anders faßt Köppen (Gerber-Ihering Jahrb. 5, 187) die Sache auf; er meint, der Erblasser wolle nicht bloß der Person des Honorirten, sondern auch dessen Erben das Legat zuwenden. Allein dem können wir nicht beitreten; sonst müßte auch bei der Erbschaft überall Transmission stattfinden; u. E. denkt der Erblasser überhaupt nicht an die Erben des berufnen Erben oder Legatars; er will ihnen weder zuwenden noch nicht zuwenden.

Natur ist das im Werden begriffne Recht des Legatars? Wie ist das Legat zwischen dies cedens und veniens zu classificiren? Der Umstand, daß es im Werden begriffen ist, macht die Frage nicht unzulässig; denn auch der aufgegangne Same ist weder Same noch Pflanze, doch nennen wir ihn einen Keim, und der im Werden begriffne Mensch heißt venter und hat seine besondre rechtliche Stellung.

Die Quellen nennen das Legat während jener Zeit petitio, daher sehr häufig petitionem transmittere, transferre [1]); in l. 3. C. qu. de leg. 6, 53. ist sogar das transmittere *petitionem* ad heredes dem acquirere *legatum vel fideicommissum* ausdrücklich entgegengestellt. Da nun petitio soviel als actio bedeutet [2]), der Honorirte aber vor dem Erbschaftsantritt keine Klage hat, so scheint es, als wenn dies nur in dem Sinne gemeint sein könnte, in welchem es in l. 40. de obl. et act. 44, 7. heißt:

Hereditariarum actionum loco habentur et legata, quamvis ab herede coeperint;

danach ist petitio keine erbschaftliche Klage, aber man rechnet sie dazu (*habentur* legata); wenn wir nun auch später (S. 427 f.) einen besondren Grund dafür aufsuchen werden, warum man das Wort »petitio« und nicht das allgemeinere »actio« wählte, so ist doch jetzt soviel klar, daß jenes Wort nicht unmittelbar die Natur des Legats zwischen dies cedens und veniens zu erklären geeignet ist.

Erinnern wir uns überdies, daß nicht bloß die Stellung des Legatars vor dem Erbschaftsantritt, sondern auch die des berufnen Erben erklärt werden soll; bei diesem letztren wäre die Bezeichnung »petitio« nur dann angebracht, wenn die Erbschaft sich in fremdem Besitz befindet, nicht aber wenn sie (was doch die Regel ist) besitzlos ist. So muß also der rechtliche Inhalt jener Stellung aus der Natur der Sache erörtert werden.

Köppen [3]) nennt beides ein Familienrecht oder vindicirt ihm

1) l. 2. l. 7. pr. §. 3. qu. d. leg. 36, 2. l. 1. §§. 1. 2. l. 5. §. 3. de leg. pr. b. p. c. t. pet. 37, 5. l. 3. C. qu. d. leg. 6, 53. In l. 4. l. 5. pr. qu. d. leg. 36, 2. heißt es freilich „transferre legatum". S. Köppen a. a. O. S. 185.

2) l. 178. §. 2. de verb. sign. 50, 16.

3) In Gerber-Iherings Jahrb. 5, 125 ff., vgl. auch Köppens Erbr. 1, 171. N. 7.

doch einen familienrechtlichen Character, die Qualität eines Vermögensrechts spricht er ihm ab. Der letztren Ansicht pflichten wir bei [1]), nicht aber der erstren. Zu der Annahme eines familienrechtlichen Characters fehlt bei dem Legat alle Grundlage, da es doch eine bloße Liberalität von Todeswegen enthält, und auch bei der Erbschaft ist die fast schrankenlose Testirfreiheit des Erblassers jener Annahme entgegen [2]).

Man bahnt sich einen Weg zur Erkenntniß jenes Rechts, wenn man die übrigen gleichartigen Verhältnisse in die Betrachtung hereinzieht. Man ist heut darüber einig, daß der Offerent in gewisser Weise gebunden sei; derjenige, welchem offerirt ist, kann verlangen, daß der Offerent seine Proposition nicht unzeitig zurückziehe. Das Recht der Occupation ferner steht nach R. R. Jedem zu, nach heutigem Recht hingegen nur bestimmten Personen: dem Staat oder dem von ihm Belehnten an den regalen Fossilien, dem Grundeigenthümer an den nicht regalen Thieren. Alle diese Personen haben noch kein gegenwärtiges Vermögensrecht, aber der Anfang dazu ist gemacht; sie haben die Befugniß, ein Vermögensrecht zu erwerben, ohne daß ein Andrer dazwischen treten darf. Derartig ist aber auch das Recht des Erben und des Legatars vor der Erbschaftsantretung resp. zwischen dem dies cedens und veniens.

Da nun, wie die angeführten Beispiele beweisen, dieses Verhältniß bei allen Privatrechten vorkommt, so muß man es als ein Recht der Persönlichkeit qualificiren. Puchta spricht von einem Recht der Persönlichkeit schlechthin, und auch Brinz [3]) ist der Ansicht, daß man die Rechtsfähigkeit ein Recht nennen dürfe, wie sogar die Quellen von jus donandi, vendendi, concedendi [4]), testamenti

---

1) Dafür spricht, um das Hauptsächlichste zu erwähnen: die Erbschaft ist regelmäßig intransmissibel, die Ausschlagung der Erbschaft und des Legats kann nicht mit der act. Pauliana angefochten werden, in der Ausschlagung zu Gunsten des Ehegatten liegt keine verbotne Schenkung; wenn ein Vater dotis constituendae causa ausschlägt, so bestellt er dadurch keine dos profecticia.

2) So auch Arndts in seinen Beitr. S. 24.

3) Puchta Pand. §. 114. Brinz Pand. §. 21.

4) l. 163. de reg. j. 50, 17: Cui jus est donandi, eidem et vendendi et concedendi jus est Die Stelle handelt offenbar von einem Nichteigenthümer.

faciendi [1]) sprechen. Allein während die Rechtsfähigkeit ein Recht der Persönlichkeit im Allgemeinen ist, so sind die Rechte, von denen hier die Rede ist, Rechte einer bestimmten Persönlichkeit; die Rechtsfähigkeit befähigt, überhaupt Rechte haben und erwerben zu dürfen; das Recht desjenigen, dem eine Offerte gemacht ist, des Staats und Grundeigenthümers hinsichtlich der Fossilien und der jagdbaren Thiere, endlich auch das Recht des Erben und des Legatars befähigt, ein bestimmtes Vermögensrecht zu erwerben [2]). Eben weil hierin schon ein Recht (der bestimmten Persönlichkeit) liegt, so ist auch eine Verletzung des Rechts möglich, und die Rechtsconsequenz wie die Billigkeit verlangt, daß eine Klage zum Schutze des Rechts gegen die Verletzung gegeben werde; diese Klage aber kann keine andre sein als die, welche überhaupt jedes Unrecht gegen die Person zurückweist, das ist die act. injuriarum ex generali edicto; mit Unrecht hat bei der unzeitigen Zurückziehung einer Vertragsofferte Scheurl die act. mandati, Bekker die Contractsklage oder act. doli für zulässig erachtet [3]). Weil es ferner ein Recht der Persönlichkeit ist, so muß es mit dieser selbst untergehen; dies ist auch in der Regel der Fall, namentlich ist die Offerte mit dem Tode des einen oder andren Theiles aufgelöst; dasselbe gilt vom Erbrecht mit wenigen Ausnahmen; bei dem Legat hingegen ist die Transmission die Regel. — — —

So viel über die Natur des Rechts eines Erben vor der Erbschaftsantretung, eines Legatars in der Zeit zwischen dies cedens und veniens. Wir wenden uns jetzt zu dem Fall mehrerer berufner Erben resp. bedachter Legatare, und zwar setzen wir voraus, daß der Erblasser keine Theilbestimmungen getroffen hat; von den Legataren können wir jedoch nur die Vindicationslegatare [4]) den Erben gleichstellen; diese haben nämlich mit den Erben das gemein, daß es sich bei ihnen um Erwerb bereits vorhandner Rechte handelt [5]),

---

1) l. 6. pr. l. 8. §. 3. qui t. f. p. 28, 1. l. 13. §. 2. ad sct. tr. 36, 1. l. 3. §. 5. de b. p. 37, 1.

2) Vgl. meinen S. 422. N. 2. citirten Aufsatz S. 79—89.

3) S. oben S. 422. N. 2.

4) Wir wollen hier das classische Römische Recht behandeln.

5) Deshalb kann man dem Vindicationslegatar den Fall gleichstellen, wenn

bei den Damnations- und sinendi modo Legaten handelt es sich dagegen um neu zu schaffende Rechte.

Das Recht des Erben resp. Vindicationslegatars besteht nun darin, ein bereits bestehendes Recht durch seinen bloßen Willen zu erwerben, ohne Zuthat der Handlung eines Dritten; sie dürfen sich unmittelbar zu den Rechtsobjecten in Verhältniß setzen; ihr Recht geht gegen keine bestimmte Person, sondern gegen die Rechtsobjecte; es steht deshalb in der Mitte zwischen den dinglichen Rechten und den auf Erwerb eines solchen gerichteten Obligationen; in den dinglichen Rechten ist der Erwerb ein bereits geschehener, in den Obligationen besteht bloß ein Anspruch auf den Erwerb, der Erwerb selbst muß durch die Leistung des Schuldners oder die Execution des Richters vermittelt werden; der Erbe und Vindicationslegatar haben gleichfalls nur einen Anspruch auf Erwerb, aber sie führen diesen durch ihren Willen [1]) herbei, ohne der Erfüllung durch den Schuldner oder der Execution durch den Richter zu bedürfen; sie setzen sich unmittelbar in das Rechtsverhältniß gegenüber dem Rechtsobject; deshalb hat ihr Recht mehr Aehnlichkeit mit den dinglichen Rechten, bei denen ja das Recht unmittelbar an der Sache stattfindet, als mit den Obligationen, bei denen der Erwerb erst durch die Vermittlung des Schuldners oder Richters herbeigeführt wird, und dies mag der Grund sein, daß die Römischen Juristen die

---

Jemand Mehreren dasselbe Nomen vermacht; doch schweigen die Quellen von diesem Fall. — Daß das Präceptionslegat gleich steht, versteht sich von selbst; es kann ja auf diese Weise nur eine bereits vorhandne Sache des Erblassers legirt werden, Gaius 2, 220—222. Die Convalescenz des Präceptionslegats einer fremden Sache durch das sct. Neronianum liegt unsrem Gegenstand fern.

1) Zwar möchte man, was das Vindicationslegat betrifft, einwenden, es sei nach Sabinianischer Ansicht keine Willenserklärung nothwendig; da sie jedoch eine Repudiation des Legats anerkennen, so bedeutet ihr Streit gegen die Proculianer bloß, es bedürfe keiner Erklärung des Willens, der Wille selbst aber muß auch nach Sabinianischer Ansicht vorhanden sein. Was übrigens das Recht nach Untergang der Schulen betrifft, so hat man bis in die neueste Zeit angenommen, daß die Sabinianische Meinung recipirt sei; das ist indessen mit guten Gründen von Köppen (Gerber-Iherings Jahrb. 5, 190 ff.) angefochten worden. Antoninus Pius hat, wie Gaius 2, 195. berichtet, die Proculianische Ansicht bestätigt; s. ferner die unten zu erklärende l. 85. de leg. I. und l. 1. §. 3. de usufr. accr. 7, 2.

Transmission des Legats »transmittere *petitionem*« nennen; der Ausdruck »petitio« schien ihnen bezeichnender, weil er gewöhnlich die act. in rem bedeutet.

Wenn aber das Recht des Erben und Vindicationslegatars in der Befugniß besteht, ein bereits vorhandnes Vermögensrecht zu erwerben, so ergiebt sich mit Nothwendigkeit, daß jene Befugniß in einem bestimmten Zeitmoment nicht als eine mehrmalige gedacht, sondern nur eine einzige sein kann. Das Vermögensrecht, um dessen Erwerb es sich handelt, ist selbst ein einziges; dasselbe muß auch von der ihm entsprechenden Erwerbsbefugniß gelten, da diese, wie oben ausgeführt, einen dem dinglichen Recht verwandten Character hat. Sind nun aber Mehrere zu Erben berufen oder mit einem Legat per vind. bedacht, ohne daß Theilbestimmungen hinzugefügt sind [1]), so kann die Befugniß, die erbschaftlichen Rechte resp. die legirte Sache zu erwerben, sich nicht in Theile spalten; diese Befugniß ist untheilbar, es giebt keine halbe Befugniß zu erwerben, wie es überhaupt keine halben Rechte giebt [2]); die Erwerbsbefugniß bleibt also die einige, und die Subjecte, denen sie zusteht, fügen sich zu einer Einheit zusammen; die Erwerbsbefugniß steht zunächst der Einheit der berufnen Erben und Vindicationslegatare zu; deshalb ist es auch gleichgiltig, ob die berufnen Miterben resp. die bedachten Collegatare per vind. in demselben Satze geschrieben sind; das, was wir später als die Folge der Gesammtberechtigung nachweisen werden, das Accrescenzrecht, findet Statt, mag eine Conjunction in demselben Satze vorliegen oder nicht [3]); immer bilden jene eine Einheit. —

Nun aber entsteht die Frage, wie das Verhältniß der einzelnen in der Einheit stehenden Subjecte zu der Einheit bestimmt werden soll? Der Umstand, daß sie Alle selbständige Persönlichkeiten sind,

1) Nur von diesem Fall handeln wir vorläufig.

2) Anders freilich die herrschende Auffassung der intellectuellen Theile; s. dagegen oben Abschn. 4. §. 13. S. 176. N. 2.

3) Gai. 2, 199. 223. Ulp. fr. 24, 12. 13. l. un. §. 10. C. de cad. toll. 6, 51. Die Verbalconjunction ist nur von Bedeutung, wenn conjuncti disjunctive commixti sunt, dann gilt die Regel „conjuncti unius personae potestate funguntur“ (l. 34. pr. de leg. l.); „conjuncti per unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt“, l. un. §. 10 C. de cad. toll. 6, 51.

und selbständige vermögensrechtliche Zwecke verfolgen, macht sich hier wie bei der Gesammtservitut, der Correalobligation u. s. w. geltend; demgemäß existirt nicht bloß eine Erwerbsbefugniß der Einheit, sondern auf dem Grunde derselben bilden sich ebensoviel Sondererwerbbefugnisse, als Subjecte vorhanden sind:

l. 80. de leg. III: Conjunctim[1]) heredes institui vel conjunctim legari, hoc est, *totam hereditatem et tota legata singulis data*[2]) *esse.*

Bezeichnend ist das Wort »data esse«; obenhin gesehen hätte es näher gelegen, zu schreiben: testatorem *dedisse,* allein diese Ausdrucksweise wäre unrichtig gewesen; denn der Testator gab nicht den Einzelnen (singulis) die Erwerbsbefugniß, sondern Allen zusammen; die Erwerbsbefugniß der Einzelnen entwickelt sich erst auf Grund der Erwerbsbefugniß Aller; sie ist nicht eine Bestimmung des Testator, sondern die Rückwirkung der Erwerbsbefugniß Aller auf die selbständigen Persönlichkeiten der Einzelnen, daher die passivische Ausdrucksweise »data esse«.

Eben deshalb, weil die Erwerbsbefugniß des Einzelnen aus derjenigen der Einheit hervorwächst, enthält sie wie alle Gesammtberechtigungen nur eine relative Ausschließlichkeit[3]). Jeder nimmt zwar für sich die Erwerbsbefugniß aufs Ganze in Anspruch, allein er erkennt zugleich an, daß neben ihm seine Genossen in gleicher Weise berechtigt sind; wäre dies nicht der Fall, so wäre freilich eine Berechtigung Mehrerer aufs Ganze unmöglich; dies ist es, was Paulus ausspricht in l. 141. §. 1. de r. j. 50, 17:

Uni duo pro solido heredes esse non possunt.

Ebenso wie eine justa possessio neben einer injusta nicht bestehen kann, weil der injustus possessor nicht den justus possessor

---

1) Conjunctim ist soviel re conjunctim; es sind aber alle Miterben und alle Collegatare per vind. re conjuncti, sie mögen in demselben Satze geschrieben sein oder nicht. A. M. Brinz Pand. S. 831; er setzt deshalb das Accrescenzrecht bei Testamenten überall mit der Regel: nemo pro parte testatus decedere potest in Verbindung.

2) Das Wort data beweist, sofern in der Stelle von Legaten die Rede ist, daß es sich um Vindicationslegate handelt.

3) Abschn. 1. §. 3. S. 78 f.

neben sich als gleichberechtigt anerkennt, ebensowenig können zwei Erben in der Weise neben einander gedacht werden, daß Jeder ohne Rücksicht auf den Genossen das Ganze für sich habe; solche Erben hingegen, die sich untereinander Gleichberechtigung zuerkennen, sind nicht heredes pro solido. Es läßt sich daher hier analog anwenden, was Venulejus in treffender Weise von den Correalgläubigern ausspricht:

> l. 31. §. 1. de nov. 46, 2: ... ex quibus colligitur, unumquemque perinde sibi acquisiisse, ac si solus stipulatus esset, *excepto eo quod etiam facto ejus, cum quo commune jus stipulantis est, amittere debitorem potest.*

Wir sagen „analog", denn es ist bekannt, daß ein berufener Miterbe durch die Erbschaftsantretung, ein bedachter Collegatar per vind. durch die Agnition des Legats seine Genossen nicht ganz ausschließt, auch wenn diese später antreten resp. agnosciren, sondern daß alsdann Theile entstehen; es hat dies darin seinen Grund, daß alle Erwerbungen von Todeswegen auf den Augenblick zurückdatirt werden, wo die Erbschaft durch den Antritt eines einzigen Miterben aufgehört hat, jacens zu sein, so daß alle Erwerbungen, selbst die später gemachten, auf denselben Moment zurückbezogen werden.

Allein man wird fragen: warum entstehen, wenn alle Berufne erwerben, Theile? Wenn sie eine Einheit bilden, warum entsteht nicht vielmehr Gesammteigenthum, Correalobligation u. s. w.? Um hierauf zu antworten, muß man in Rücksicht ziehen, daß bei allen Erwerbungen von Todeswegen der Erwerb sich durch eine lange Zeit hindurch zieht. Bei den Intestaterbschaften theilt er sich in eine Delation und eine Acquisition, bei den testamentarischen muß die Errichtung des Testaments oder Codicills, der Todestag und der Erbschaftsantritt geschieden werden. Das verhält sich bei Erwerben unter Lebenden ganz anders; hier geschieht der Erwerb in einem einzigen Moment; wird er von Mehreren gemacht, so kann der Theil, zu welchem Jeder erwerben soll, genau bestimmt werden. Eben, weil bei den Erwerbungen von Todeswegen der Erwerb sich in verschiednen Zeitmomenten vollzieht, ist es unmöglich die Theile, zu welchen Mehrere erwerben sollen, genau zu bestimmen; es können

in der Zeit zwischen den einzelnen Momenten, auf welche es ankommt, die allergrößten Veränderungen mit den berufnen Personen (Tod, Verlust der Testamentifactio) vorgehen, ja, es kann der Erwerb von einem der Berufnen zurückgewiesen werden; soll für alle Fälle vorgesehen werden, so müssen die Personen als Einheit berufen werden; die Berufung als Einheit ist eine bloße Vorsichtsmaßregel; die eigentliche Absicht ist, den einzelnen Personen Theile zuzuwenden, allein die Einsetzung auf Theile würde nicht genügen, selbst wenn damit eine gegenseitige Substitution verbunden wäre; denn die Giltigkeit der Substitution verlangt, daß der Substitut den Substitutionsfall erlebt. Deshalb beruft das Gesetz bei der Intestaterbschaft nicht einzelne Personen zu bestimmten Theilen, sondern eine Classe von Personen aufs Ganze, deshalb setzt der Testator Erben ohne Theilbestimmungen ein, und hinterläßt Vindicationslegate ohne solche[1]). Wenn also den sämmtlichen antretenden Erben resp. agnoscirenden Vindicationslegataren Theile zugewiesen werden, so ist dies ein Product der wahren Absicht des Gesetzes und des Testator[2]).

Worin aber zeigt sich die Gesammtberechtigung? Es ist bereits im Eingang des §. darauf hingewiesen, daß das Accrescenzrecht aus ihr hervorgeht. Jeder Miterbe und Collegatar per vind. erwirbt die ganze Erbschaft, das ganze Legat, vorausgesetzt daß die Andren nicht gleichfalls erwerben; denn das liegt im Wesen der Gesammtberechtigung, daß Jeder das Ganze beanspruchen darf, jedoch zugleich die Berechtigung der Genossen anerkennt; concursu fiunt partes, erst dadurch, daß die Andren sich gleichfalls zur Erbschaft resp. zum Legat ziehen, entstehen Theile. Der Ausdruck »concursu fiunt partes« ist höchst bezeichnend; die einzelnen Rechte,

---

1) Von den Einsetzungen und Legaten mit Theilbestimmungen werden wir später handeln.

2) Ist freilich das hinterlaßne Recht ein untheilbares, so ist auch die Theilung unmöglich, es entsteht vielmehr eine Gesammtberechtigung oder eine mehrfache solidarische Berechtigung, je nachdem das Recht durchaus einheitlich bleiben muß (z. B. der Ususfructus mehrerer Erben, wenn die Proprietät allein legirt ist) oder nicht (z. B. die Obligation auf einen untheilbaren Gegenstand, der Usus mehrerer Erben, wenn das Eigenthum deducto usu legirt ist).

um deren Erwerb es sich handelt, liegen gleichsam herrenlos da, die Miterben und die Vindicationslegatare haben Jeder die Befugniß, sie sich anzueignen; sie greifen zu und dabei stoßen sie zusammen: concurrunt; da Jeder das gleiche Recht hat, so entstehen naturgemäß Theile. Die Bezeichnung »jus accrescendi« dagegen ist nicht treffend, man hätte vielmehr, wie längst anerkannt ist, von »jus non decrescendi« reden sollen[1]; indeß haben die Römer aus dem unpassenden Ausdruck keine Folgerungen gezogen; im Gegentheil, das Accrescenzrecht tritt ipso jure ein, das R. R. verlangt weder, daß derjenige, welchem accrescirt, eine neue Erklärung abgebe, noch daß er den Eintritt des Accrescenzrechts erlebe, noch gestattet es eine Zurückweisung der accrescirenden Portion[2], noch duldet es ein Verbot des Testator[3]; alles dies aus dem Grunde, weil in dem Erwerb der Erwerb des Ganzen liegt, wenn kein Andrer concurrirt. Es läßt sich aber auch nachweisen, welch ein Umstand zu dem unpassenden Ausdruck »jus accrescendi« Anlaß gegeben hat. Es ist folgender.

Es ist bemerkt worden, daß concursu fiunt partes; der Concurs entscheidet sich nun zwar erst im Augenblick des Erwerbes, und man sollte deshalb erwarten, daß, solange die Andren noch deliberiren,

---

1) Heisler de jure acc. in leg. semper fere jure non decr., Cujacius in Parat. de usufr. acc. t. 3. p. 13; Papillon de jure acc. in Otto thes. 4, 765; Merillius de jure acc. c. 89 f. in Otto thes. 4, 1763 sq.; Duaren de jure acc. c. 11. (ed. francof. 1607. p. 1083); Bach de jur. acc. §. 2. (ed. Klotz Hal. 1767. p. 328): Voet comm. t. 30. 31. 32. §. 59; Witte in Weiske's Rechtslex. 1, 272; Glück-Mühlenbruch Comm. 43, 251; Puchta Pand. §. 542; Brinz Pand. S. 955.

2) Die Ausnahmen der l. 55. 61. de acq. her. 29, 2. ereignen sich nicht im Gebiet des civilen, sondern des prätorischen Rechts, und beruhen auf der Billigkeit. Vgl. Schmidt Abh. S. 63 ff. Puchta kl. civ. Schriften S. 552 ff. Glück-Mühlenbruch Comm. 42, 366 ff. 43, 131 ff.

3) Mit Unrecht behaupten Mühlenbruch (Glück Comm. 43, 255) und Burchardi (Bekker-Muther's Jahrb. 5, 9.) das Gegentheil. Die Quellen wissen nichts von einem solchen Verbietungsrecht. Witte (Weiske's Rechtslexicon 1, 313) und Huschke (Richter-Schneider krit. Jahrb. 1838. S. 311) sehen bei Legaten im Verbot der Accrescenz eine ademtio legati; mir aber scheint es, daß, wenn der Testator die Accrescenz verbietet, er dem früher ohne Theile bedachten Legatar nunmehr eine Theilbestimmung setzt

der Erwerbende vorläufig das Ganze habe; allein, da der Concurs, wenn später auch die Andren erwerben, auf den Tag der ersten Antretung zurückdatirt wird, so hielt man es für angemessen, auch vor entschiedenem Concurs demjenigen, der erworben hatte, vorläufig nur einen Theil der Erbschaft resp. der per vind. legirten Sache zuzuweisen [1]). Vom heres und bonorum possessor sagen dies ausdrücklich:

l. 2. si pars her. pet. 5, 4: Si ex pluribus, ad quos eadem hereditas pertinet, quidam adierint, quidam adhuc deliberent, eos qui adierint, si petant hereditatem, non majorem partem petere debere, quam habituri essent ceteris adeuntibus; nec iis proderit, si ceteri non adierint. Non adeuntibus autem ceteris, poterunt tunc partes eorum petere, si modo ad eos pertinerent.

l. 1. §§. 4. 5. de b. p. c. t. 37, 4: Si ex tribus filiis unus ab hostibus captus sit, duobus qui sunt in civitate bessis bonorum possessio competit. Idem et in postumo; nam quamdiu postumus speratur, in ea causa est, ut partem faciat.

l. 2. §. 2. de b. p. s. t. 37, 11: Pro qua quisque parte heres scriptus est, pro ea accipiet bonorum possessionem, sic tamen, ut si non sit, qui ei concurrat, habeat solus bonorum possessionem; quamdiu tamen unus ex heredibus deliberat, utrum admittat bonorum possessionem annon, portio bonorum possessionis ejus coheredi non defertur.

Von dem Vindicationslegat gilt das Gleiche [2]); man sehe die l. 34. §. 10. de leg. I:

---

1) Der Grund lag vielleicht in der l. Julia et Papia; denn seit Erlaß dieses Gesetzes kam es bald zur Accrescenz, bald zur caduc. vindicatio; um nun für beide Fälle gemeinsame Vorschriften aufzustellen, mußte man vorläufig jedem Berufnen bloß den Besitz des Theiles einräumen.

2) Unter den ältren Schriftstellern ist die Frage bestritten; Cujaz zu Ulp. fr. 24, 13, Bellonus (de jur. accr. c. 7. qu. 37. No. 47 sqq. und Suerin (de usufr. accr. bei Otto thes. 4, 106) ließen den Collegatar, welcher das Legat angenommen hatte, in der Zwischenzeit das Ganze vindiciren, Faber hingegen (err. pragm. dec. 49. err. 9. und Bach (de jur. accr. §. 10.) nur den Theil.

> Sed si in pupillari testamento alii eandem legaverit, quam mihi in suo testamento legavit, Julianus scribit, concursu partes nos habere, *interim igitur partem habebit is, cui in suo testamento legavit*,

wobei zu beachten, daß das väterliche und pupillare Testament als ein einziges, jene Legatare also als Collegatare gelten. Ferner vergleiche man l. 34 — l. 36. pr. ad l. Aquil. 9, 2:

> (Marcell.): Titio et Seio Stichum legavit, deliberante Seio quum Titius vindicasset legatum, Stichus occisus est, deinde Seius repudiavit legatum; perinde Titius agere possit, ac si soli legatus esset; quia retro acquisivisse dominium ei videretur: nam sicut repudiante legatario heredis est actio, perinde ac si legatus non esset, ita hujus actio est, ac si soli legatus esset.

Soviel steht fest: Titius hat, während der Collegatar deliberirte, den ganzen Sclaven vindicirt; allein eine andre Frage ist, ob er auch mit der Vindication durchgedrungen wäre, wenn zur Zeit des Urtheils die Deliberation des Andren noch fortgedauert hätte; diese Frage entscheidet Marcell nicht, da unterdessen sich die Umstände änderten; es ward nämlich unterdeß der Sclave getödtet, und das Legat vom Collegatar ausgeschlagen; jetzt handelt es sich um Anstellung der act. l. Aquiliae; diese spricht Marcell dem früheren Vindicanten zu, und zwar beruft er sich darauf, daß ja der Andre ausgeschlagen habe; hieraus folgt arg. a contr., daß, falls dieser nicht ausgeschlagen, jener nicht die Aquilia auf den ganzen Werth hätte anstellen dürfen. Dem widerspricht nicht die

> l. 3. de serv. leg. 33, 3. (Marcell.): Si fundum Maevio et ad eum viam per alium fundum et eundem fundum sine via Titio legasset, si uterque fundum vindicasset, sine via legato fundum cessurum, quia neque acquiri per partem servitus possit. Et si prius Maevius fundum vindicaret altero deliberante, posse dubitari, an si postea Titius omisisset, viae legatum salvum esset. Et hoc magis videbatur...

Auch hier steht fest, daß der Eine, während der Andre deliberirte, das Grundstück ganz vindicirt hat; allein die Frage ist, ob er mit der Vindication durchgedrungen wäre, wenn zur Zeit der Urtheils-

-fällung der Andre noch deliberirt hätte; hierüber giebt die Lex keine Auskunft. — Dagegen scheint zu widersprechen die

l. 85. de leg. I. (Paulus): Duobus conjunctim fundus erat legatus, alter ex his partis aestimationem per actionem personalem abstulit, alter si fundum totum vindicare velit, exceptione doli pro parte dimidia repellitur, quia defunctus semel ad eos legatum pervenire voluit [1]).

Es ist Mehreren ein Vindicationslegat hinterlassen, der Eine stellt die act. personalis, welche später auch hier zugelassen würde [2]), gegen den Erben an; darin liegt offenbar eine Agnition des Legats; trotzdem darf der Andre noch immer das ganze Grundstück ipso jure vindiciren, und es steht ihm nur exc. doli entgegen. Folgt man der Sabinianischen Ansicht über den Erwerb der per vind. legirten Sache, so ist die Lex unerklärlich; seitdem der Erbe angetreten hat, ist nach Sabinianischer Ansicht jeder Collegatar nur pro parte Eigenthümer geworden, der Verklagte bedarf also keiner exc. doli; anders wenn wir annehmen, daß die Proculianische Ansicht die später herrschende war [3]); dann entscheidet sich der Concurs der Collegatare durch die Anstellung der rei vindicatio; da aber hier der eine Collegatar die persönliche Klage angestellt hat und

1) Vgl. hiermit l. 33 eod.: Si pluribus eadem res legata fuerit, si quidem conjunctim, etiamsi alter vindicet, alter ex testamento agat, non plus quam partem habebit is, qui ex testamento aget.

2) „Ut laxior agendi facultas sit", wie es in l. 76. §. 8. de leg. II. heißt; vgl. außerdem l. 33. l. 84. §. 13. l. 108. §. 2. de leg. I.; wahrscheinlich führte zu dieser persönlichen Klage eine Extensivinterpretation des sct. Neronianum. Unrichtig ist daher die Ansicht Mayer's (Accrescenzrecht S. 157. N. ***), daß zur Zeit der Pandectenjuristen der Vindicationslegatar nie eine persönliche Klage gehabt habe.

3) Dies behaupten Pöschmann obs. ad jus antej. Lipsiae 1857, Dietzel in der krit. Zschr. 5, 554. und ausführlich Köppen in der mehrfach citirten Abhandlung; nur hat Köppen unsre Lex, die einen so guten Stützpunkt seiner Ansicht bietet, übersehen. Noch eine andre Stelle hat Köppen nicht angeführt: l. 1. §. 3. de usufr. accr. 7, 2: omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt, et ut Celsus et Julianus eleganter aiunt, ususfructus quotidie constituitur et legatur, *non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicatur*. Zwar ist es auffallend, daß selbst der Sabinianer Julian dies gesagt haben soll, allein „eine Eklektik gab es von jeher", Rudorff Römische Rechtsgesch. 1, 183. N. 3.

befriedigt worden ist, so darf er nicht mehr vindiciren, mithin concurrirt er überhaupt nicht, der Andre hat deshalb ipso jure die Vindication auf's Ganze, und nur die exc. doli hilft gegen dieselbe. —

Nehmen wir nun an, daß sowohl der Erbe wie der Vindicationslegatar, so lange der Concurs noch unentschieden war, aus practischen Gründen vorläufig nur einen Theil erhielt, so wird der Ausdruck »jus accrescendi« jedenfalls entschuldigt. Denn dann schien es, wenn der Andre den Erwerb ablehnte, daß dem Erstren etwas zuwachse; factisch bekam er in der That etwas in die Hände, was er früher nicht besaß, de jure hatte er diesen Zuwachs zwar bereits früher gehabt, doch war es bisher unentschieden, ob er ihn habe oder nicht. Daß man aber unter dem Wort »accrescere« jenes factische Anwachsen verstand, ergeben folgende zwei Umstände mit Sicherheit. Einmal nämlich findet sich der Ausdruck »jus acer.«, wie bereits früher bemerkt, nicht bei den Miteigenthümern eines Sclaven, von denen der Eine an dem durch den Sclaven gemachten Erwerb aus irgend einer Ursache nicht Theil nimmt; der Grund liegt darin, daß der andre Miteigenthümer auch factisch von Anfang an den ganzen Erwerb hat. Umgekehrt findet die Bezeichnung jus acer. sich selbst im folgenden Falle: es ist Jemandem ein Grundstück pure, einem Andren sub conditione legirt worden, und die Bedingung deficirt; dem unbedingten Legatar accrescirt nunmehr [1]), offenbar deshalb, weil er während der Pendenz der Bedingung das Legat nur theilweis in die Hände bekam.

Unsre Ansicht über das Accrescenzrecht führt übrigens dahin, die bekannte Streitfrage, ob die successio graduum dem Accrescenzrecht vorgehe, verneinend zu entscheiden. Wiewohl die Gründe hiefür bereits von andren Schriftstellern trefflich auseinandergesetzt worden sind [2]), so dürfte doch die bisherige Darstellung ein neues Moment dafür ergeben haben. Berufen zur Erbschaft sind nämlich nicht die Einzelnen, sondern die Classe der nächsten Verwandten; das Erbrecht der Einzelnen ist erst eine Folge aus dem Erbrecht

1) l. 26. §. 1. l. 30. de cond. 35, 1.

2) S. die Literatur bei Vangerow Pand. §. 420, zu welcher noch hinzuzufügen ist Helmolt Civ. Abh. Heft 1. und Brinz Pand. S. 898 ff.

der Classe; die nächsten Verwandten bilden eine Einheit, welche von Niemandem durchbrochen werden darf; zwar ist damit die Transmission des Erbrechts sehr wohl verträglich, hier wechselt bloß die natürliche Person eines in der Einheit Stehenden; nicht aber duldet sie eine neue Delation an Jemanden, der außerhalb der Einheit steht. — — —

Bisher ist der Fall erörtert worden, wo mehrere Erben resp. Vindicationslegatare ohne Theilbestimmung berufen resp. bedacht worden sind. Die dabei entwickelte Deduction paßt nicht auf den Fall, wo vom Testator Theile gesetzt worden sind; darin liegt vielmehr die Bestimmung, der Erbe und Legatar solle nur das Recht haben, einen Theil der in der Erbschaft befindlichen Rechte sowie der legirten Sache zu erwerben; es ist nicht nothwendig die mehreren neben einander Berufnen zu einer Einheit zu verwandeln, und ein Gesammtrechtsverhältniß sowie das Accrescenzrecht sollte in diesem Falle nicht Platz greifen. So ist es auch bei Mehreren, denen per vindicationem Theile einer Sache legirt worden sind, denn toties jus accrescendi est, quoties in duobus, qui in solidum habuerunt, *concursu* divisus est[1]); wo kein Concursus stattfindet, sondern Jeder von Anfang an Theile hat, giebt es weder Gesammtrechtsverhältniß noch Accescenzrecht[2]):

l. 89. de leg. III. (Paul.): Re conjuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur; item verbis, non etiam re: *Titio et Seio fundum aequis partibus do lego, quoniam semper partes habent legatarii.*

l. 1. de usufr. accr. 7, 2: Quoties ususfructus legatus est, ita inter fructuarios est jus accrescendi, si conjunctim sit usufructus relictus, *ceterum si separatim unicuique partis rei usufructus sit relictus, sine dubio jus accrescendi cessat*[3]).

---

1) l. 3. pr. de usufr. accr. 7, 2.

2) Die l. 41. pr. de leg. III. steht nicht entgegen, die hier verordneten Theile sind bloß scheinbar vorhanden, s. Huschke in Richter-Schneider krit. Jahrb. 1838. S. 312.

3) Die in der Ler gebrauchten Worte conjunctim und separatim sind nicht auf die Worte der Einsetzung, sondern auf die legirte Sache zu beziehen. —

l. 20. de leg. II. (Celsus): Et Proculo placebat, et a patre sit accepi, quod servo communi legatum sit, si alter dominorum omitteret, alteri non accrescere; non enim conjunctim, sed partes legatas; nam ambo si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in servo haberet.

Zwar ſind in der letztren Lex Theile vom Teſtator nicht ausdrücklich beſtimmt worden; allein, da es ſich um Miteigenthümer eines Sclaven handelt, und jeder deſſen Erwerbungen nur zum Theile bekommt, ſo iſt es ſo, wie wenn zwei Legataren Theile geſetzt wären: non enim conjunctim, sed partes legatas, heißt es in der Lex ſelbſt [1]). — Man ſehe endlich:

l. 11. de us. accr. 7, 2: Quum singulis ab heredibus singulis ejusdem rei fructus legatus, *fructuarii separati videntur non minus, quam si aequis portionibus duobus ejusdem rei fructus legatus esset, unde fit, ut inter eos jus accrescendi non sit.*

Bei Miterben iſt es bekanntlich anders als bei Vindicationslegataren; hier accreſcirt ſelbſt, wenn Theilbeſtimmungen hinzugefügt worden ſind; aus einem Geſammtrechtsverhältniß iſt dies nicht zu erklären, ſondern aus der Regel »nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest« [2]), wie dies auch daraus erhellt, daß ſelbſt, wenn nur Ein Erbe mit Theilbeſtimmung eingeſetzt iſt, die gleiche Accreſcenz Statt findet. Man entnehme aber hieraus kein Argument gegen unſre Erklärung des Accreſcenzrechts bei Einſetzung ohne Theilbeſtimmung; denn die Bezeichnung „Accreſcenzrecht" iſt, wie gezeigt, nicht von der rechtlichen, ſondern von der factiſchen Seite des Verhältniſſes hergenommen; das aber iſt unbeſtreitbar,

---

1) Anders wenn dem servus communis ein Uſusfructus hinterlaſſen iſt, und der eine Miteigenthümer des Sclaven den Erwerb ausſchlägt; denn da der Uſusfructus in Wahrheit untheilbar iſt, ſo muß der agnoſcirende Miteigenthümer den ganzen Uſusfructus erwerben; ſo ſagt auch l. 1. §§. 1. 2. de usufr. accr. 7, 2. von Julian; ſ. oben Abſchn. 4. §. 13. S. 171—173.

2) Ueber dieſe Regel vgl. namentlich Haubold exerc. de caus. cur idem et test. et int. deced. non possit, Huſchke im Rhein. Muſ. 6, 257 ff.; Brinz Pand. S. 830 f.; Köppen in Gerber-Iherings Jahrb. 5, 173 f.

daß dieselben factischen Erscheinungen aus verschiednen rechtlichen Motiven hervorgehen können [1]). — —

So verschieden auch die Stellung eines Erben von der des Vindicationslegatars ist, so findet sich ein Beiden gemeinschaftlicher Punkt: bei Beiden handelt es sich um das Eintreten in bereits erworbne Rechte. Dieser Umstand führt bei Beiden die Gesammtberechtigung und das Accrescenzrecht herbei; bei Beiden unterliegt es gleichen Grundsätzen: es geschieht ipso jure und ohne Rücksicht auf verbale Conjunction.

Ist dem so, so muß überall, wo jener Ausgangspunkt fehlt, auch die Gesammtberechtigung und das Accrescenzrecht außer Anwendung bleiben. Er fehlt aber bei dem Legat per damnationem und sinendi modo; in der That wissen denn auch die Quellen hier nichts von einem Accrescenzrecht. Es ist über die Begründung dieser Vorschriften ein Streit bis in die neueste Zeit geführt worden, und man ist dabei von den verschiedensten Standpunkten ausgegangen. Rudorff erklärte sie durch Interpretation der bei Errichtung jener Legaten angewendeten Formel [2]); Holtius und Mayer recurrirten auf die Regel: nomina sunt ipso jure divisa [3]); Schneider behauptete, daß die Wirkung des leg. per vind. sich nach der Zeit der Erwerbung, die des leg. per damn. nach der Zeit der Errichtung bestimme [4]); Huschke wies darauf hin, daß im Vindicationslegat eine Veräußerung liege, und daß bei allen Veräußerungen der Erwerb sich nicht sowohl nach der Seite und Person des Veräußernden, als nach der des Erwerbenden richte; bei dem Damnationslegat hingegen werde eine Obligation errichtet, und deren Umfang durch die obligirende Handlung bestimmt [5]); in neuester Zeit endlich erklärte Burchardi, die Römischen Grundsätze

---

1) Auch geschieht die Accrescenz hier nicht zu gleichen Theilen, sondern nach Verhältniß der Erbtheile; dies widerspricht wieder der Gesammtberechtigung.

2) Zschr. f. gesch. Rw. 6, 402.

3) Holtius Thémis Tom. 19. Livr. 2. p. 538. (ich kenne ihn nur aus einem Citat bei Schneider Accr. S. 11); Mayer Accresc. S. 91 f.

4) Accrescenzrecht S. 22—25.

5) Richter-Schneider krit. Jahrb. 1838. S. 309. 310.

über Accrescenz seien keine „nothwendigen", ja nicht einmal „natürlich" gewesen [1]).

Wenn wir nun auch die Grundlage des Accrescenzrechts bei dem Vindicationslegat in der bisherigen Darstellung anders als Huschke, Holtius und Mayer bestimmt haben, so treten wir doch jetzt, wo es sich darum handelt, warum bei dem Damnationslegat keine Accrescenz gelte, ihrem Principe bei. Ueberall wo Mehrere in einer Obligation von Anfang an stehen, welche die Vermögenserweiterung bezweckt, oder wo die ursprünglich von Einer Person geschlossne Obligation später auf Mehrere übergeht, entstehen mehrere proratarische Obligationen; das gilt ohne Unterschied des Gegenstandes, da selbst, wenn der Gegenstand untheilbar ist, die Geldcondemnation nur pro parte geschieht, vorausgesetzt, daß keine Verschuldung hinzutritt [2]); dies gilt ferner ohne Unterschied des Entstehungsgrundes, es ist gleichgiltig, ob die Obligation aus einem Vertrage oder aus einem richterlichen Urtheile herstammt [3]); nur darauf kommt es an (und dies ist von Huschke, Holtius, Mayer übersehen worden), daß die Obligation nicht die Abwendung eines Schadens, sondern eine Vermögenserweiterung bezweckt; also muß es auch in unsrem Falle gleichgiltig sein, daß der Erbe die Obligation nicht selbst contrahirt, daß sie ihm vielmehr vom Erblasser auferlegt ist. Daher der Grundsatz: damnatio facit partes, partes ab initio fiunt [4]) (nicht erst concursu), gerade so wie die Stipulation und das Urtheil Theile erzeugt; denn es handelt sich nicht um bereits vorhandne Rechte, bei deren Erwerb Mehrere zusammenstoßen (concurrunt), sondern um neu entstehende, welche einen Zusammenstoß nur dann zur Folge hätten, wenn sie von Anfang an untheilbar wären. Natürlich wird vorausgesetzt, daß die mehreren

---

1) Bekker-Muther Jahrb. 5, 24. Man bemerke hiergegen: fr. Vat. §. 87. „alioquin, inquit Sabinus, in damnatione *ratio* non permittebat jus accrescendi, und §. 85 eod.: „*non immerito*, quoniam damnatio partes *facit*".

2) Oben Abschn. 6. §. 16.

3) l. 11. §§. 1. 2. de d. r. 45, 2. l. 43. de re jud. 42, 1. l. 10. §. 3. de app. 49, 1. l. 1. C. si plures 7, 55.

4) fr. Vat. §. 85. l. 34. §. 9. de leg. I.

Legatare verbis conjuncti sind, denn nur dann stehen sie von Anfang an in Einer Obligation; zwar möchte man einwenden, daß der Testator durch die Conjunction die mehreren Damnationslegatare zu einer Einheit zusammengefaßt habe, und daraus folgern, daß sie zu einander in das Verhältniß der Correalität treten müßten; allein man übersieht dann, daß hiezu die Partikel „et" nicht genügte, vielmehr ist der Gebrauch der Partikel „aut" nothwendig [1]). Also entstehen mehrere proratarische Obligationen [2]), und selbst, wenn eine derselben nichtig ist, so haben die Collegatare keinen Vortheil davon [3]). — Hat freilich der Erblasser disjunctim Mehreren dieselbe Sache per damn. legirt, so hat er damit zwei von einander ganz unabhängige Obligationen constituirt; der eine Legatar erhält demnach die Sache, der andre deren Werth [4]).

Was vom Damnationslegat gilt auch vom leg. sinendi modo bei conjunctiver Bedeutung [5]); ob auch bei disjunctiver Bedeutung, war streitig; Gaius nämlich berichtet, daß ein Theil der Juristen nicht die Grundsätze des Damnationslegats auf das leg. sin. modo übertragen, sondern den Grundsatz „melior conditio est occupantis" zur Anwendung bringen wollte [6]); diese Juristen stützten sich auf den Umstand, daß der Erbe bloß zu einem pati verpflichtet war, und in der That muß man beistimmen, wenn man erwägt, daß sinendi modo bloß Sachen des Erblassers oder des Erben hinterlassen werden dürften, mithin die doppelte Hinterlassung sinendi modo ein Vermächtniß einer fremden Sache enthält. Daher wollte schon Celsus ein solches Doppellegat nur dann gelten lassen, „si testator utrumque solidum habere voluit" [7]), und aus einer Aeußerung Justinians läßt sich schließen, daß jene ebenausgeführte Ansicht zuletzt allgemein gegolten habe:

l. un. §. 11. de cad. toll. 6, 51: Sin autem disjunctim fuerit

1) Vgl. Abschn. 6. §. 22. S. 257 f.

2) Gai. 2, 205. Ulp. fr. 24, 13. fr. Vat. §§. 85. 87. l. 16. pr. l. 34. §. 9. de leg. I. l. 7. l. 88. §. 6. de leg. II.

3) l. 16. pr. l. 34. §. 9. l. 84. §. 8. de leg. I. l. 7. de leg. II.

4) Gai. 2, 205. Ulp. fr. 24, 13. l. 13. §. 1. de leg. II.

5) fr. Vat. 85. „idemque et si sinendi modo fuerit legatus ususfructus".

6) Gai. 2, 215.

7) l. 14. de usu leg. 33, 2.

relictum, si quidem omnes hoc accipere et potuerint et maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat, et non sibi blandiantur, ut unus quidem rem, alii autem singuli solidam ejus rei aestimationem accipere desiderent; *quum hujusmodi legatariorum avaritiam antiquitas varia mente suscepit, in uno tantummodo genere legati eam accipiens, in aliis respuendam esse existimans*, nos autem omnimodo repellimus, unam omnibus naturam legatis et fideicommissis imponentes, et antiquam dissonantiam in unam trahentes concordiam.

Also bloß bei Einer Art der Legate erhielten die in verschiednen Sätzen Bedachten die Sache resp. den Werth, d. h. bei dem Damnationslegat; bei dem sin. modo legatum (müssen wir schließen) schloß der frühere Empfänger den Andren aus. —

Bei dem Fideicommiß endlich, welches ebenso wie das Damnationslegat, eine persönliche Klage zu einer positiven Handlung des Belasteten erzeugte, gelten ganz die Grundsätze des Damnationslegats: in fideicommisso id sequimur quod in damnatione [1]).

Das, was bisher dargestellt wurde, ist das alte Römische Recht. Die Abänderungen, welche hierin die l. Julia et Papia zu Wege brachte, liegen außerhalb den Grenzen dieser Abhandlung. Aber auch die Justinianeischen Bestimmungen über das Accrescenzrecht gehören nicht hierher; denn hinsichtlich der Erben hat Justinian das alte Recht wiederhergestellt, seine Verordnungen über die Collegatare aber ergeben nichts für den Begriff des Gesammtrechtsverhältnisses. Das zeigt sich durch folgende Betrachtung.

Das Accrescenzrecht des alten Rechts bei Legaten [2]) beruht zunächst nicht sowohl auf dem Willen des Erblassers, als auf der Natur der durch den letzten Willen erzeugten Rechtsverhältnisse.

---

1) fr. Vat. §. 87. Viel zu einschränkend interpretirt diese Worte Schneider, Anwachsungsrecht S. 250. 251.

2) Bei Erbschaften ist es anders; denn theils gilt hier die Natur der vom Erben zu erwerbenden Rechte (wenn alle Erben ohne Theilbestimmung berufen sind); theils die Regel: nemo pro parte intestatus, pro parte testatus decedere potest (wenn Theilerben berufen sind), theil der unmittelbare Wille des Erblassers (wenn conjuncti und disjuncti sich vorfinden).

Selbstverständlich bleibt dieser Wille die *mittelbare* Grundlage dieser Rechtsverhältnisse, und *insofern* darf man das alte Accrescenzrecht auf den Willen des Erblassers zurückführen. Man kann noch einen Schritt weitergehen, und die Frage, daß anwächst, von der andren, *wie* die Anwachsung geschieht, trennen; auch bei der letztren Frage entscheidet der Wille des Erblassers, denn si conjuncti disjunctive commixti sunt, conjuncti unius personae potestate funguntur[1]); also erhalten die re et verbis conjuncti bloß einen Kopftheil, allein ihnen accrescirt unter einander vor den re conjuncti. Bis hierher reicht der Wille des Erblassers; darüber hinaus beginnt die Wirksamkeit des durch den letzten Willen erzeugten Rechtsverhältnisses; bei dem Vindications- und Präceptionslegat findet das Accrescenzrecht Statt, der Erblasser kann es nicht verbieten; bei dem Damnations- und sinendi modo Legat, sowie bei dem Fideicommiß findet es nicht Statt, der Testator kann es nicht einführen.

Diese Principien des alten Rechts sind später verlassen worden. Schon von den classischen Juristen; denn schon diese recurrirten in einigen Fällen nur auf den Willen des Erblassers, und ließen die Form, in welcher das Legat errichtet war, unberücksichtigt; sie hüteten sich aber zugleich, in diesen Fällen das Wort „Accrescenz" anzuwenden. Man vergleiche folgende Fragmente:

> l. 16. §. 2. de leg. I. (Pompon.): Si Titio et posthumis legatum sit, non nato postumo, totum Titius vindicabit. Sed et si testator Titio et posthumis viriles partes dari voluisset, vel etiam id expressisset, totum legatum Titio debetur, non nato posthumo.

In dem zweiten Theil der Stelle handelt es sich um ein Damnationslegat (dari voluisset); wird nun kein Posthumus geboren, so erhält Titius dennoch das Ganze, weil der Testator nur für den Fall der Geburt eines Posthumus ihm bloß einen Theil zuwenden wollte; der Grundsatz also „nec solum hi partem faciunt, in quorum persona constitit legatum, verum hi quoque, in quorum persona non constitit"[2]) bleibt außer Anwendung. — Man sehe ferner:

---

1) l. 34. pr. de leg. I.

2) S. oben S. 441. N. 3.

l. 5. §. 1. l. 6. l. 7. pr. de reb. dub. 34, 5. (Gai.): Si tibi et posthumo suo vel alieno hereditatem restituere quis rogaverit, vel ex parte te et ex parte posthumum heredem instituisset, legatumve similiter vel fideicommissum dedisset, utrum ita posthumus partem faciat, si natus sit, an et si natus non sit, quaeritur. Ego *commodius dici puto*, si quidem natus non est, minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto; sin autem natus fuerit, utrosque accipere, quantum cuique relictum est, ut uno nato, pars tibi dimidia debeatur, duobus natis, pars tertia debeatur....

Die Art des Vermächtniſſes iſt hier für gleichgültig erachtet; es kommt nichts darauf an, ob Fideicommiß oder Legat vorliegt, ob per vind. oder per damn. legirt iſt. Doch iſt hervorzuheben, daß der Juriſt ſchreibt „quasi tibi ab initio solido relicto", und das Wort „Accreſcenzrecht" offenbar vermeidet. Man ſehe ferner:

l. 15. §. 1. de leg. I. (Paul.): Si quis unam summam filiabus legaverit, ut etiam de posthuma sentiret, si non est nata, superstiti solidum debebitur.

Das Wort „debebitur" beweiſt, daß es ſich um ein Damnationslegat handelt; die Worte „superstiti solidum debebitur" bezeugen, daß der Juriſt das Wort „Accreſcenzrecht" vermeidet. — Endlich vergleiche:

l. 4. pr. de al. leg. 34, 1 (Modest.): *Τοῖς δὲ ἀπελευθέροις, ταῖς δὲ ἀπελευθέραις μου . . . δοθῆναι βούλομαι τὰ ἐν Χίοις μου χωρία* . . . Quaero . . . si mortui aliqui ex libertis sint, an pars eorum ad fideicommissarios pertinet et an die cedente fideicommissi morientium libertorum portiones ad heredes eorum an testatoris decurrant? Modestinus respondit: . . etsi decesserit fideicommissarius ante diem fideicommissi cedentem, pars ejus ad ceteros fideicommissarios pertinet; post diem cedentem si qui mortui sunt, ad suos heredes haec transmittent.

Trotzdem „in fideicommisso idem sequimur, quod in damnatione"[1]), erhalten dennoch die überlebenden Fideicommiſſare das, was dem

1) S. oben S. 442. N. 1.

ante diem cedentem verstorbnen Genossen zugedacht war; doch wendet der Jurist auch hier nicht die Bezeichnung „jus accrescendi" an. Bemerkenswerth ist diese Stelle deshalb, weil die Bedachten hier nicht Postumi sind, wie in sämmtlichen früher angeführten Fragmenten, so daß es klar ist, daß auf die Person des Bedachten kein Gewicht zu legen ist [1]).

Indem die Quellen auf diese Fälle nicht die Bezeichnung „jus accr. anwenden, geben sie zu erkennen, daß hier nicht auf die Natur der durch das Legat erzeugten Rechtsverhältnisse, sondern rein auf den Willen des Erblassers zurückgegangen werde. Auf diesen Willen mußte man später recurriren, als die Worte, die bei der Errichtung von Legaten angewendet waren, für gleichgültig erklärt, als die Legate und Fideicommisse ausgeglichen, und als endlich jedem Vermächtnißnehmer (vorausgesetzt, daß es sich um Sachen des Erblassers handelt) dingliche wie persönliche Klagen gegeben wurden. Von diesem Standpunkte aus hätte man bloß auf die Conjunction sehen und verordnen müssen: 1) re et verbis conjuncti gelten als Eine Person, beschränken sich demnach gegenseitig, hier gilt der Grundsatz: partes fiunt concursu, das Accrescenzrecht tritt ipso jure, aber cum onere ein; 2) bloß re conjuncti erhalten Jeder das ganze Legat, also empfängt bei speciellen Sachen der eine Legatar die Sache, der andre den Werth; von Accrescenzrecht ist nicht die Rede; es ist so, wie wenn Jemand zweien Personen abgesondert die ganze Sache verspricht. — Allein die Vorschriften Justinians in der l. un. C. de cad. toll. 6, 51. sind ganz andrer Art; denn

1) die re et verbis conjuncti erklärt Justinian zwar ausdrücklich für eine Personeneinheit, die der Erblasser geschaffen [2]); trotzdem verordnet er, daß die Accrescenz nicht ipso jure eintreten, sondern von dem Willen des Collegatars abhängen solle; das heißt doch wieder: die Theile geschehen nicht durch den Concursus [3]), sondern

1) A. M. scheint Schneider Anwachs. S. 43 f. zu sein, der freilich die l. 4. pr. nicht kennt. S. auch Mayer Acer. S. 132. 139. Burchardi in Bekker-Muther's Jahrb. 5, 24. 25.

2) „conjuncti propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt", heißt es im §. 10. der l. un. cit.

3) Mit Recht schreibt Brinz Pand. S. 955: „Geschah die Verbindung re

es sind von Anfang an Theile (also keine Personeneinheit) vorhanden, nur ist eine wechselseitige Substitution erfolgt. Grund dieser Verordnung war wahrscheinlich, daß, da cum onere accrescirt, der Kaiser Niemandem das Onus aufdrängen wollte.

2) die re conjuncti sollen gleichfalls bloß Theile erhalten, es sei denn, daß der Testator ausdrücklich verordnet, daß der Eine die Sache, der Andre die Aestimation empfangen solle; erst, wenn der Collegatar wegfällt, erhält der Uebrigbleibende das Ganze; hier also gerade gilt der Grundsatz: partes fiunt concursu. Für diese Bestimmung führt die Constitution die Phrase an, daß die „avaritia" der Vermächtnißnehmer überall zurückgewiesen werden müsse; und wahrhaft naiv nimmt es sich aus, wenn trotz dieser Phrase der Kaiser später bemerkt, daß „sermo testatoris omnibus prima facie solidum assignare videtur"; denn wenn wirklich die Worte des Testator Jedem der re conjuncti das Ganze zuweisen, und wenn außer diesen Worten nichts zur Ermittlung des Willens des Testator vorliegt, wie kann da von „avaritia" die Rede sein? [1])

Nachdem wir die Inconsequenzen der Justinianeischen Bestimmungen gezeigt haben, brauchen wir wohl nicht auf die Frage einzugehen, wie sich nach jenen die Gesammtberechtigung stellt; ein reines und ungetrübtes Bild läßt sich davon nicht gewinnen.

Anhang. §. 41. Andre Anwendungen der Regel: concursu fiunt partes.

Die in der Ueberschrift erwähnte Regel wird noch in andren Fällen entweder ausdrücklich angewendet oder liegt ihnen doch stillschweigend zu Grunde. Es findet also noch anderweitig ein Accrescenz-

---

et verbis, so kommt es nie mehr nothwendig zur Accrescenz, richtiger also nicht zur Accrescenz, sondern zur Entscheidung des Collegatars, ob er den ausgefallnen Theil sammt seiner Last haben wolle oder nicht".

1) Schneider (Anwachs. §. 7) und Huschke (Richter-Schneider Jahrb. 1838. S. 330. 331) suchen, wiewohl sie von verschiednen Standpunkten ausgehen und selbst die l. un. C. cit. anders auffassen (z. B. Schneider nimmt auch bei re et verbis conj. Accrescenz ipso jure an), demnach Justinians Bestimmungen zu rechtfertigen.

recht Statt, wenngleich dieser Ausdruck nicht in den Quellen gebraucht wird; jedoch ist eine Abweichung von dem bisherigen Accrescenzrecht zu notiren. Das Accrescenzrecht der Miterben und Collegatare hört nämlich mit dem Augenblicke auf, wo der Erwerb des Rechts selbst Seitens der dazu Berufnen gemacht worden ist[1]; in den Fällen, deren Erörterung wir jetzt beginnen, findet es auch nach dem Erwerbe Statt; der Grund davon ist in den einzelnen Fällen ein verschiedner, bald ein streng juristischer, bald ein positiv rechtlicher; in allen Fällen dauert also auch nach dem Concursus das Recht, das Ganze zu erwerben fort.

1) Pignus praetorium. Das prätorische Pfand hat seinen Grund in dem Decret des Prätors, es beginnt aber erst mit der Besitzergreifung[2]; zwischen Decret und Besitzergreifung besteht demnach ein Anspruch auf Erwerbung des Pfandrechts, und werden Mehrere zugleich mittirt, so steht ihnen jener Anspruch als einer Einheit zu. Zwar möchte man einwenden, daß mehrere pignora in solidum rechtlich zulässig sind[3], und daraus schließen, daß jeder Mittirte einen selbständigen Anspruch auf je ein pignus in solidum habe; allein durch Ein Decret will der Prätor auch nur Ein Pfandrecht gewähren, und diesem Einen Pfandrecht entspricht nur die Einheit der Erwerbenden. Machen daher Alle von ihrem Rechte Gebrauch, so entstehen Theilpfandrechte, ohne Rücksicht auf die Höhe ihrer Forderungen[4], und ebenso erwerben diejenigen, welche wegen verweigerter cautio damni infecti zum zweiten Mal mittirt werden, bonitarisches Eigenthum zu gleichen Theilen, ohne Rücksicht auf die

---

1) Die einzige Ausnahme bildet der usus fructus legatus, s. oben Abschn. 4. §. 13; der Grund liegt in der Untheilbarkeit des Ususfructus.

2) l. 26. de pign. act. 13, 7.

3) Oben Abschn. 5. §. 14. S. 197 ff.

4) l. 15. §. 18. de damn. inf. 39, 2: Quum autem plures mittuntur in possessionem *aequaliter* mittuntur; et merito, nam quum et unus mittitur, non pro portione damni mittitur, sed in totum; quum igitur plures mittuntur, *aequaliter* omnes quasi in totum missi *concursu partes habebunt*. L. 40. §. 4 eod.: Si plures domini sint aedium, qui damni infecti sibi prospicere volunt, nec quisquam damni infecti caveat, mittendi omnes in possessionem erunt, et quidem *aequalibus partibus, quamvis diversas portiones dominii habuerint*. Ebenso l. 5. §. 1 eod.

Höhe ihrer Forderungen[1]). Diese Gleichheit der Theile ist ein Product der Gesammtberechtigung.

Erst wenn zwei Decrete ergehen, will der Prätor mehrere pignora in solidum gewähren, und deshalb entstehen in diesem Falle nicht Theilpfandrechte, sondern die Prävention entscheidet zwischen mehreren Mittirten. Doch sind hier mehrere scheinbare oder wirkliche Ausnahmen aufzuführen:

a) Wenn Ein Gläubiger allein sich die Missio erbittet, so gilt sie nicht für diesen allein, sondern für alle Gläubiger zusammen; das eine Decret reicht für alle hin, die Ertheilung eines neuen Decrets ist überflüßig, und alle Gläubiger erwerben Theilpfandrechte. Liegt hierin nicht eine Stellvertretung im Erwerb? Labeo und Paulus leugneten es; sie meinten, daß der, welcher das Decret impetrirt hatte, bloß Vertreter hinsichtlich des Antrags auf Missio, nicht hinsichtlich der Missio selbst sei; diese Missio sei von Anfang an nicht dem Impetranten allein, sondern allen Gläubigern ertheilt, der Impetrant sei also nicht etwa Stellvertreter im Erwerbe des pignus praetorium, sondern „aliquid ex ordine facit".

l. 12. pr. de reb. auct. jud. poss. 42, 5 (Paul.): Cum unus ex creditoribus postulat, in bona debitoris se mitti, quaeritur, utrum solum is qui petit possidere possit, an cum unus petit, et praetor permiserit, non tam personae solius petentis quam creditoribus et in rem permissum videri, quod et Labeo putat. Nec videbitur libera persona acquirere alii, quia nec sibi quicquam acquirit, cui praetor permittit hoc, sed aliquid ex ordine facit, et ideo ceteris quoque prodest. Plane si is postulaverit, qui creditor non est, minime dicendum est, vel eum qui creditor est possidere posse, quia nihil egit talis postulatio. Aliter atque si creditor, cui permissum est possidere, postea recepit debitum suum, ceteri enim poterunt peragere bonorum venditionem.

---

1) l. 15. §. 17 eod.: Si ante hoc decretum alius quoque in possessionem missus fuerit (hierüber s. S. 450 unter b), *aequaliter ambo aedium fiunt domini*, scilicet quum jussi fuerint possidere.

Bachofen hält diese Deduction für durchaus zutreffend [1]), allein er hat dabei, wie Paulus, übersehen, daß das pignus praetorium nicht schon durch das Decret, sondern erst durch die Besitzergreifung entsteht; so lange diese nicht geschehen ist, ist kein Pfand vorhanden; hat nun der Impetrant allein Besitz ergriffen, so hat, wenn er nicht als Stellvertreter Aller gilt, er allein das Pfand erworben, und es könnte ihm deshalb kein Gläubiger, welcher später der Missio beitritt, einen Theil des Pfandes nehmen. Mit größrem Recht sagt daher Ulpian in l. 5. §. 2. ut in poss. leg. 36, 4:

> Alia est causa, quum creditores rei servandae causa in possessionem mittuntur; *nam is qui possidet, non sibi sed omnibus possidet.*

Ulpian faßt den Impetranten als Stellvertreter im Besitze auf; zwar hatte er von den übrigen Gläubigern kein Mandat dazu erhalten, auch fehlte ihm durchaus die Absicht, deren Geschäfte zu führen; aber er hatte ein Mandat vom Prätor erhalten, da dieser die Missio nicht ihm allein, sondern allen Gläubigern ertheilte. Der Grund aber, daß der Prätor so verfuhr, lag darin, daß, wie auch Theophilus erzählt, ursprünglich alle Gläubiger zusammen die Missio erbaten; ein einziger erlangte sie ursprünglich nicht; erst als später die Verkehrsverhältnisse sich erweiterten, gab man die Missio zwar auf Ansuchen eines einzigen Gläubigers, zugleich aber in der Regel für alle Gläubiger [2]). Es genügte also im Falle des Concurses ein einziges Decret, und daher galt der Grundsatz: partes fiunt concursu. Wo jedoch nicht der eigentliche Concurs Statt fand, galt auch die Missio nicht an alle Gläubiger ertheilt, und der Impetrant ging andren Gläubigern vor:

> l. 3. C. qui pot. in pign. 8, 17: Quum rempublicam Heliopolitanorum propter emolumentum sententiae in rerum tam heredis quam hereditariarum possessionem missam esse proponis, intelligis, quamvis pater tuus cum Sosiano contraxerit, tamen si personali actione eum habuit obligatum, praeponi rempublicam jure pignoris in his, quae ex auctoritate ejus, qui jubere potuit, occupavit.

1) Pfandrecht S. 443. 444.

2) Bachofen Pfandrecht S. 442 f.

Zwar spricht die Constitution nur aus, daß der persönliche Gläubiger dem Missus nachstehe, aber dies nur deshalb, weil die zweite Missio hinsichtlich der vom ersten Missus bereits apprehendirten Güter unwirksam war; der zweite Missus konnte diese nicht mehr apprehendiren, er war trotz der Missio bloß persönlicher Gläubiger geblieben. Erst Justinian hat dieses Recht abgeändert; nachdem schon früher von einigen Juristen das Gegentheil behauptet war, bestimmte er, daß jeder Missio, die einem Einzigen ertheilt war, die andren Gläubiger innerhalb zwei resp. vier Jahren, je nachdem sie an- oder abwesend waren, beitreten könnten[1]); hier stammte demnach die Missio für Alle aus einem einzigen Decret, und der Grundsatz „partes fiunt concursu" fand wieder Anwendung.

b) Unter a erörterten wir eine scheinbare Ausnahme; jetzt wenden wir uns zu einer wahren. Von mehreren mittirten Legataren schreibt nämlich Ulpian in l. 5. §. 3. ut in poss. leg. 36, 4:

> Qui prior missus est legatarius in possessionem, non praefertur ei, qui postea mittitur; inter legatarios enim nullum ordinem observamus, sed simul omnes aequaliter tuemur.

Also mehrere pignora pro parte, nicht in solidum trotz der Verschiedenheit der Decrete, trotzdem der erste Missus nicht (wie bei den Concursgläubigern) als Vertreter der Uebrigen gilt[2]). Dasselbe Verhältniß findet Statt, wenn wegen verweigerter cautio damni inf. die missio ex primo decr. erfolgt:

> l. 15. §. 15. de damn. inf. 39, 2: Si plures sunt, qui postulent, ut caveatur, omnes mitti in possessionem solent. Idemque Labeo probat, et si prius quis in possessionem missus sit, et alius mitti desideret; nam non spectabimus ordinem, sed habebunt ambo possessionem.

Daher erwerben auch mehrere ex secundo decreto Mittirte ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der ersten Missio eines Jeden Eigenthum zu gleichen Theilen[3]). Es liegt in diesen Regeln eine theilweise Nachbildung der Bestimmungen über den Concurs. Im Concurse gilt der Impetrant als Stellvertreter Aller, daher concursu fiunt

1) l. 10. C. de bon. auct. jud. poss. 7. 72. Bachofen Pfandrecht S. 452.
2) l. 5. §. 2 ut in poss. 36, 4.
3) l. 15. §. 17. de damn. inf. 39, 2.

partes; bei der Missio der Legatare und Nachbaren erwirbt Jeder nur für sich, aber die spätre Missio hat denselben Effect, wie wenn der zuerst Mittirte auch für den zweiten Missus erworben hätte. —

Bisher wurden die Wirkungen des Concurses behandelt; fällt derselbe später weg, so erweitert sich das Object der Missio, das pignus praet. wird umfangreicher. Der Grund davon ist ein streng juristischer; durch das Decret erwirbt die Einheit der Mittirten das Recht auf Erwerb des Pfandrechts, folgeweise hat auch jeder Einzelne dieses Recht, nur daß er seinen Genossen dasselbe zugesteht; dieses Recht dauert auch nach dem Concursus fort, und es muß deshalb, wenn später Jemand befriedigt und also ein Theil frei wird, Accrescenz eintreten:

l. 12. pr. de reb. auct. jud. poss. 42, 5[1]): ... Aliter atque si creditor, cui permissum est possidere, postea recepit debitum suum, ceteri enim poterunt peragere bonorum venditionem.

Die ganzen Güter werden von den übrigbleibenden Gläubigern verkauft, d. h. eben das Theilpfand des befriedigten Gläubigers ist ihnen angewachsen.

2) Nach l. 4. C. ad sct. tert. 6, 56. macht eine Mutter sich dadurch von den Folgen des verletzten Trauerjahrs frei, daß sie ihren Kindern die Hälfte ihres Vermögens schenkt; stirbt eines derselben ohne Testament, so gehört die geschenkte Vermögenshälfte den überlebenden Geschwistern; sterben sie sämmtlich ohne Testament, so kehrt sie zur Mutter zurück:

Si qua mulier nequaquam religionem priori viro, ex quo filios seu filias non habet, nuptiarum festinatione praestiterit, ex jure quidem notissimo sit infamis .. Sin autem ei filii erunt seu filiae, et impetraverit indulgentiam, infamiae abolitionem permittimus et ceterarum poenarum antiquationem, si facultatum omnium, quae fuerunt tempore nuptiarum, medietatem filio vel filiae, filiis seu filiabus donaverit, quos habebat ex viro priore susceptos, pure scilicet et omni donationis sollemnitate completa, nec retento

1) Vollständig ist die Lex oben S. 448 abgedruckt.

quidem usufructu. *Quem quidem semissem si duobus filiis seu filiabus pluribusve donaverit, et sorte fatali unus vel una seu alius vel alia ex iisdem intestatus vel intestata obierit, semper ad superstites fratres vel sorores volumus pertinere.* Sin autem universi vel universae intestati diem obierint, durae fortunae ad matrem solatia *ex integro revertantur, ita scilicet ut hunc semissem, quem filiis vel filiabus donaverat, intestato diem obeuntibus rursus ipsa separatim ab ultimi filii vel filiae hereditate praesumat.*

So viel steht fest, daß weder, wenn ein Kind, noch wenn alle sterben, ein Erbrecht Statt findet. Die Constitution selbst bedient sich keines Ausdrucks, welcher darauf hinwiese; sie sagt vielmehr, daß, wenn alle Kinder sterben, die Schenkung aufgehoben wird (durae fortunae ad matrem solatio ex integro *revertantur*), daß also das Recht der Schenkung von Todeswegen, nicht etwa Erbrecht Platz greifen solle. Und ferner sagt sie, daß, wenn ein Kind ohne Testament stirbt, die Ueberlebenden dessen Theil erwerben sollen; daß dieser Erwerb nicht nach Erbrecht geschieht, ist klar, denn dann hätten doch die Kinder des verstorbnen Kindes zu dem freigewordnen Theil berufen werden müssen, was doch erst Justinian in Nov. 22. Cap. 22. verordnete. Vielleicht wollte jene Constitution eine Art Gesammteigenthum einführen; es scheint sogar, da fortdauernd von einer Hälfte und nicht von Theilen die Rede ist, daß die Kinder im ungetheilten Besitz der Schenkung bleiben sollten; war dies der Fall, so begreift man, daß analog dem Rechtsverhältnisse in der dos communis bei dem Tode eines Kindes dessen Anrecht sich nicht ab intestato vererbte. Dagegen spricht, daß dem Kinde das Recht der Testirung zustand, und so möchte man annehmen, daß die Kinder Theile hatten, aber nur Theile wegen des Concursus, wer aber ohne Testament verstarb, galt nicht mehr als Concurrent. Dann erhält man ein Accrescenzrecht nach dem Concursus, und so hat es auch Papillon aufgefaßt [1]).

3) In ähnlichem Rechtsverhältniß steht der socius imperialis liberalitatis. In früherer Zeit stritt man lebhaft darüber, ob, wenn der eine unbeerbt stirbt, sein Theil an den andren jure

1) De jure accr. bei Otto thes. 4, 770 ff.

accrescendi [1]) oder kraft gesetzlicher Wohlthat [2]) falle. Der erstren Ansicht scheint nach der Absicht des Schenkers der Vorzug gegeben werden zu müssen. Wenn Jemand zwei Personen mit derselben Sache beschenkt, so gönnt er sie offenbar Jedem ganz, doch nothgedrungen kommt es zur Anwendnng der Regel »concursu fiunt partes«; kein Wunder, daß man sich später der Absicht des Gebers noch einmal erinnert.

4) Frühere Schriftsteller nahmen auch bei Verträgen ein gewisses Accrescenzrecht an. Wenigstens polemisiren Duaren, Papillon und Suerin [3]) dagegen, ohne daß man jedoch von ihnen erfährt, in welcher Weise ihre Gegner ihre Behauptung begründeten. Es braucht wohl nicht erst bemerkt zu werden, daß ein solches Accrescenzrecht dem ältren Römischen Recht und seiner Regel »nomina sunt ipso jure divisa« widerspricht. Erst in der spätren Zeit könnte davon in einzelnen Fällen (z. B. wenn der Fürst Zweien eine Forderung schenkt) die Rede sein; in dieser Beschränkung ist es aber gewiß nicht von jenen Schriftstellern gemeint worden.

Zweites Capitel.

Die Pupillarsubstitution.

1. §. 42. Stellung des Substituten zur väterlichen Erbschaft bei Lebzeiten des Pupillen.

Das Erbrecht bietet noch ein zweites Gesammtrechtsverhältniß dar: die Pupillarsubstitution, dies jedoch nur dann, wenn der Pupill ganz oder zum Theil Erbe des Vaters geworden ist.

1) Dies nahmen an Gothofr. comm. ad l. 1. l. 2. C. Th. si pet. soc. 10, 14; Papillon de jure accr. (bei Otto thes. 4, 776); Duaren de jur. accr. c. 16. (op. ed. francof. 1607. p. 1085); Voet comm. ad pand. l. 38. t. 17. §. 31. Madilm princ. jur. Rom. de succ. §. 56.

2) Dies nahmen an Amaya comm. in tres post. libr. Cod. l. 10. t. 14. No. 10. 11. Höpfner Comm. §. 701. Schulte de jure fisci in her. priv. c. 1. §. 7. Pühl de lib. imp. soc. c. 1. §. 12. N. b. Glück Intestaterbrecht §. 146.

3) Duaren de jur. accr. c. 15. (op. ed. francof. 1607. p. 1085); Suerin de usufr. accr. bei Otto thes. 4, 101; Papillon de jure accr. bei Otto thes. 4, 783.

Dieses Gesammtrechtsverhältniß ist wesentlich von dem im ersten Capitel (§. 40) behandelten verschieden. Dort bestand das Gesammtrechtsverhältniß bloß an der Befugniß die Erbschaft zu erwerben; mit dem Erwerbe selbst hörte es auf, denn von den einzelnen in der Erbschaft befindlichen Rechtsverhältnissen galt der Grundsatz: partes fiunt concursu. Hier (bei der Pupillarsubstitution) hingegen findet das Gesammtrechtsverhältniß an den einzelnen zu der väterlichen Erbschaft gehörigen Rechtsverhältnissen Statt: am Eigenthum, an den dinglichen Rechten, Forderungen, Schulden, nicht hingegen am Besitz.

Alle diese Verhältnisse haben (vorausgesetzt daß der Pupill ganz oder zum Theil instituirt ist) nicht bloß den Pupillen, sondern auch seinen Substituten zum Herrn; beiden zusammen als einer Einheit stehen sie ganz zu; für jeden einzeln besteht eine Sonderberechtigung, und zwar des Inhalts, daß die thatsächliche Ausübung des Rechtsverhältnisses zeitlich getheilt ist. Der zeitlichen Theilung einer Obligation unter mehreren Gläubigern sind wir bereits früher (Abschn. 6. §. 36) begegnet; hier treffen wir sie auch bei Schulden an, und überdieß nicht bloß bei obligatorischen Verhältnissen, sondern bei sämmtlichen Sachenrechten außer dem Besitz; so lang der Pupill lebt, ist er allein thatsächlich befugt, die erbschaftlichen Rechte auszuüben, thatsächlich verpflichtet, für die erbschaftlichen Verbindlichkeiten aufzukommen; nach seinem Tode rückt der Substitut in dieselbe Stellung ein, und erhält demnach die factische Stellung des Erben; die rechtliche Stellung hatte er bereits bei Lebzeiten des Pupillen; freilich war es damals noch in pendenti, ob ihm diese Erbenstellung zukam; denn jeder Pupillarsubstitut ist bedingt berufen (si pupillus intra pubertatem decesserit); nachdem aber durch den Tod des Pupillen während der Unmündigkeit die Bedingung erfüllt worden, wird es hinterher offenbar, daß auch bei Lebzeiten des Pupillen der Substitut bereits Vaterserbe gewesen ist.

Eben diese Sonderberechtigung des Pupillen und Substituten zeigt, daß der Ausspruch von Paulus »uni duo pro solido heredes esse non possunt« [1]) auf jene keine Anwendung leidet; es sind nicht Beide heredes *pro solido*, denn Jeder erkennt die Erbberech-

1) l. 141. §. 1. de reg. jur. 50, 17; s. auch oben Cap. 1. §. 40. S. 429 f.

tigung des Andren an, erst Beiden zusammen kommt die hereditas pro solido zu.

Unsre Aufgabe ist demnach zu erweisen,

I) daß (vorausgesetzt daß der Pupill selbst ganz oder zum Theil zur väterlichen Erbschaft berufen, und ferner vorausgesetzt, daß er nach dem Vater in der Unmündigkeit verstorben ist) auch der Substitut in derselben Weise wie der Pupill schon bei dessen Lebzeiten Erbe des Vaters gewesen ist;

II) daß der Pupill mit dem Substituten zusammen als eine Einheit Erbe des Vaters ist, daß aber zugleich aus diesem Gesammtrechtsverhältniß ein Sonderrechtsverhältniß für den Pupillen wie für den Substituten entspringt, demgemäß dem Pupillen, solange er lebt, factisch allein die Erbenstellung zukommt und diejenige des Substituten ruht, nach dem Tode des Pupillen aber der Substitut alleiniger Erbe des Vaters ist.

I. Der Substitut ist bereits bei Lebzeiten des Pupillen Erbe des Vaters.

Mit dieser Behauptung treten wir den bisherigen Ansichten über die Pupillarsubstitution entgegen. In früherer Zeit behauptete man allgemein, daß der Substitut bloß Erbe des Kindes sei[1]); in neuerer Zeit herrscht die Meinung, daß zwar die ältren Römischen Juristen, nicht aber die spätren den Substituten als Erben des Vaters gelten lassen[2]).

Bleiben wir einen Augenblick bei der jetzt herrschenden Ansicht stehen. Die Anhänger derselben sind gezwungen, wenigstens für die ältre Römische Zeit zu erklären, wie der Substitut Erbe des Vaters sein könne, während doch der Pupill, so lange er lebt,

---

1) So schon die Glosse extitisse zu l. 46. de v. et p. s. 28, 6. („mediante filio herede et ipse est directo heres, nam heres heredis est ut l. 7. §. 2. de acq. her. l. fin. C. de her. inst); Castringius (pr. Madihn) de vera subst. pup. ind. p. 66. (ed. Hal. 1759); Bernstorff de rat. falc. §. 31. (Gott. 1754).

2) Frank diss. de or. et nat. vulg. et pup. subst. (Jen. 1829); Franke Notherbr. S. 459 ff.; Bangerow Pand. §. 452; Brinz Pand. §. 183; Pfordten Abh. S. 39. 87; Pernice comm. duae p. 10, und in Bekker-Muther Jahrb. I, 239 ff.

Erbe ist, und während ferner Pupill und Substitut sich in den Nachlaß des Vaters nicht theilen. Die Erklärung geschieht von ihnen in der Weise, daß sie die Pupillarsubstitution nach altem Recht für eine modificirte Vulgarsubstitution ausgeben; der Vater habe zwei Erben berufen: zuerst das Kind, nach ihm den Substituten, selbst den pupillaren Nachlaß erhalte der Substitut nicht als Nachlaß des Pupillen, sondern als Zuwachs der väterlichen Erbschaft [1]).

Diese Erklärung scheint uns aber durchaus nicht zu genügen. Ihre Consequenz ist folgende Alternative: entweder man muß behaupten, nachdem der Pupill gestorben, solle es so angesehen werden, als sei er niemals Erbe des Vaters geworden, oder man muß den Substituten für einen heres ex die erklären. Und zu keiner der beiden Consequenzen wird man sich verstehen können: zu erstrer nicht, denn dann müßten alle vom Tutor des Pupillen vorgenommenen Geschäfte rückgängig gemacht werden; zu letztrer nicht, denn ein heres ex die ist eine Monstrosität sonder Gleichen, die Natur der Succession verlangt, daß zwischen Auctor und Successor kein Zwischenstehender und kein Zwischenraum sich befinde. Andre Argumente, namentlich daß nach dem Tode des Pupillen *duae* hereditates, eine hereditas patris und eine hereditas filii vorhanden sind, werden wir noch später in §. 44. entwickeln.

Unsrer Ansicht nach sind beide, Pupill und Substitut, zu gleicher Zeit vom Todestage des Vaters ab Erben; bereits ist dies von Huschke ausgesprochen worden. „Der Pupillarsubstitut, schreibt er, muß mit dem Pupillen gleichsam correal hintereinander als Erbe des Vaters betrachtet werden" [2]). So befremdlich es klingt, den Pupillen und Substituten in ihrem Verhältniß zum väterlichen

1) Franke Notherbr. S. 458 f. Vangerow Pand. §. 472. Brinz Pand. S. 779.

2) Zsch. f. Civ. u. Pr. N. F. 7, 70. N. 4. Man verwechsle hiermit nicht die Ansicht Huschke's über das Rechtsverhältniß nach dem Tode des Pupillen, indem danach „der Vater unmittelbar und wie er noch mit der Person des Pupillen eins war, durch Institution und Substitution sich auf den Erben überträgt, mithin der Substitut Erbe des Vaters in der Erbschaft des Kindes wird". Dieser Ansicht werden wir in §. 44. entgegentreten. — Auch ist zu bemerken, daß Huschke nur den ältren Römischen Juristen jene Ansicht unterlegt.

Nachlaß mit Correalgläubigern vergleichen zu hören, so liegt doch darin der richtige Gedanke, daß Pupill und Substitut wie Correalgläubiger Gesammtberechtigte sind. Huschke bedurfte dieser Vergleichung, weil ihm der Begriff des Gesammtrechtsverhältnisses fehlte; aber schon er selbst läßt sie später fallen, indem er schreibt: „der Pupillarsubstitut wird so angesehen, als wenn er in Einheit mit dem Pupillen, und nur hinter ihm, aber doch unmittelbar Erbe des Vaters würde“ [1]). So können wir uns also auf die Autorität eines der bedeutendsten Romanisten berufen, und es geschieht dies mit der vollen Freude, welche den Schüler durchdringt, der die überall vernachlässigte Ansicht seines Lehrers mit neuen Argumenten zu stützen versucht. — — —

Daß nun der Pupill Erbe des Vaters ist, und daß man ihm auch nach seinem (eignen) Tode als solchen ansieht, soll hier erst nicht ausgeführt werden, weil noch Niemand dagegen Zweifel erhoben hat.

Eines Beweises dagegen bedarf die Behauptung

1) daß auch die spätesten Juristen den Substituten als Erben des Vaters ansehen;

2) daß der Substitut kein heres ex die ist, sondern daß sein Erbantritt auf den Augenblick des Todes des Vaters zurückbezogen wird.

Ad 1. Nicht darf man sich dafür auf die Einsetzungsformel des Substituten berufen: si pupillus heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Gaius Seius heres *mihi* esto [2]). die sich noch bei Modestin, einem der spätesten classischen Juristen vorfindet; denn das »mihi« kommt zwar zu allen Zeiten in der Einsetzungsformel vor, aber es fehlt eben so oft [3]). Eben dies liefert zugleich den Grund für die Widerlegung derjenigen Schrift-

1) A. a. O. S. 208. Später hat Hermann die Ansicht von Huschke adoptirt. (Zschr. f. Civ. u. Pr. N. F. 8, 399 f.)

2) l. 1. §. 1. de v. et p. s. 28, 6.

3) Es kommt vor in Cic. de inv. 2, 21. 42. de or. 2, 32. l. 1. §. 1. l. 41. §. 8. de v. et p. s. 28, 6. l. 8. §. 1. de b. p. s. t. 37, 11; es fehlt in: Gai. 2, 179. Ulp. fr. 23, 7. pr. J. de p. s. 2, 16. l. 2. §§. 5. 6. l. 8. pr. l. 21. l. 31. §. 1. l. 38. §. 2. l. 39. §. 2. l. 43. §. 1. de v. et p. s. 28, 6.

steller, welche behaupten, daß die Formel »mihi« in früherer Zeit gebräuchlich war, als man den Substituten noch als Erben des Vaters ansah [1]); wie wenig man auf dieses Wort Gewicht legte, zeigt eine Stelle von Paulus:

l. 46. de v. et p. s. 28, 6: paterfamilias primis tabulis postumo herede instituto, secundis *sibi vel filio*, si intra pubertatem decessisset Caium Seium substituit.

Paulus erklärt es geradezu für gleichgiltig, ob der Ausdruck »sibi« oder ob »filio« gebraucht sei! Daher ist denn auch eine andre Formel gebräuchlich gewesen: quisquis mihi heres erit, idem filio heres esto [2]). Ein sicheres Beweismittel ist dagegen:

a) Die Bezeichnung »patris testamentum«, die nach Papinian in l. 36. de statul. 40, 7 [3]) für die Pupillarsubstitution gebraucht, sowie der wiederholentlich bei ältren wie spätren Juristen gebräuchliche Ausdruck »primae, secundae tabulae«, wobei immer »patris« zu ergänzen ist [4]).

b) Noch Paulus, also wiederum ein sehr später Jurist, bezeugt ausdrücklich, daß der Substitut Erbe des Vaters sei, nicht bloß wenn der Pupill *vor* dem Vater, sondern wenn er *nach* demselben in der Unmündigkeit verstorben ist:

l. 46. de v. et p. s. 28, 6: Paterfamilias primis tabulis postumo herede instituto, secundis sibi vel filio si intra pubertatem decessisset Caium Seium fratrem suum substituit, deinde Titium Caio Seio, et postea sic dixit: quodsi Caius Seius frater meus primo loco substitutus heres

---

1) Vangerow Pand. §. 452. Huschke a. a. O. 6, 374. N. 1.

2) l. 3. l. 8. §. 1. l. 31. pr. l. 38. §. 1. de v. et p. s. 28, 6.

3) Die Lex lautet: In tabulis secundis filio servum data libertate substitutum jure statuliberi prudentes munierunt; quod utilitas recipit, scilicet ut cum sua causa alienaretur, ne *patris testamentum* puer filius rescindat.

4) Nicht hingegen darf man sich auf die Benennung „Substitut" berufen, denn diese wird auch dann angewendet, wenn der Pupill enterbt ist, mag an seiner Statt der Substitut oder ein Dritter zum Erben des Vaters berufen sein. Ebensowenig darf angeführt werden, daß der Vater zunächst für sich ein Testament machen darf; dies ist auch dann nöthig, wenn der Vater irgend einen Dritten (also weder den Pupillen noch den Substituten) sich zum Erben ernennt — in welchem Falle der Substitut keineswegs Erbe des Vaters ist.

mihi esset, tunc Titio fideicommissum relinquo. Quaero *quum filius patri heres extiterit, eoque intra pubertatem mortuo frater testatoris ex substitutione heres sit,* an fideicommissum debeatur, quum ita relictum sit. si Caius Seius frater suus heres sibi extitisset? Respondi: fratrem defuncti, qui in utrumque casum institutus vel substitutus est, filio' impubere defuncto ea quae testator reliquit praestare debere, nec adversari haec verba, »quodsi Caius Seius mihi heres erit, tunc dari volo«, *quum verum sit eum et testatori heredem extitisse.*

Diesem klaren Ausspruche von Paulus widersprechen keineswegs folgende drei Fragmente, in denen die Redeweise »perinde ac si substitutus patri heres extitisset« gebraucht ist: l. 11. §. 6. l. 87. §. 8. ad l. Falc. 35, 2. l. 41. §. 6. de v. et p. s. 28, 6.

In l. 11. §. 6 cit. frägt es sich, ob, wenn zwei Pupillarsubstituten vorhanden sind, Jeder die Quart von seiner Portion besonders abziehe; Papinian macht darauf aufmerksam, daß, wenn auch jeder Substitut mit dem Pupill eins sei, beide Substituten nicht auch unter einander eins sein, man dürfe also den Umstand, daß sie Pupillarsubstituten seien, nicht in Rücksicht ziehen, jeder Substitut berechne von seiner Portion die Quart, wie wenn er als Institutus Erbe des Vaters geworden wäre (perinde atque institutus[1]) si patri heres extitisset), die Person des Pupillen müsse hinweggedacht und jene Substituten wie Instituten behandelt werden (plures substituti subducta persona pupilli revocandi sunt ad intellectum institutionis). — Mit den Worten »perinde atque institutus si patri heres extitisset« leugnet Papinian nicht, daß der Substitut Erbe des Vaters geworden sei, und behauptet er nicht, daß es nur so angesehen werde, als wäre er Erbe des Vaters geworden, vielmehr will er nur sagen, er sei wie ein Institutus Erbe geworden, auf seine Eigenschaft als Substitutus komme nichts an.

In l. 87. §. 8 cit. handelt es sich um Berechnung der Quart bei einem Miterben des Pupillen, der demselben zugleich substituirt

1) Handschriftlich steht ita; Huschke hat hierfür sehr gut „institutus" conjicirt (Zschr. f. Civ. u. Pr. N. F. 6, 408); Bangerow hat die Conjectur angenommen (Arch. f. civ. Pr. 36, 239. N. 38).

worden; Institutions- und Substitutionsportion sind mit Legaten überschwert, von der Institutionsportion zahlt der Miterbe bereits bei Lebzeiten des Pupillen die Legate unter Abzug der Quart; nach dem Tode des Pupillen muß eine neue Berechnung der Quart von allen sowohl dem Pupillen als dem substituirten Miterben auferlegten Legaten erfolgen:

> Coheres pupillo datus si pro parte sua legata, habita legis Falcidiae ratione, praestiterit, deinde impubere mortuo ex substitutione heres extiterit, et semis pupilli legatis exhaustus esset, ex integro legis Falcidiae ratio ponenda erit, ut contributis legatis, quae ab ipso et quae a pupillo data fuerant, pars quarta bonorum apud eum remaneat; licet enim pupillo heres existat, tamen circa legem Falcidiam, *perinde ratio habetur, ac si patri heres extitisset.* (Julian.)

Mit den cursiv gedruckten Schlußworten leugnet Julian nicht, daß der Substitut Erbe des Vaters geworden sei (dies konnte er schon um deshalb nicht leugnen, weil er zugleich als Miterbe instituirt war), er verlangt nur, daß man den Substituten lediglich als Vaterserben beurtheile, man solle davon absehen, daß er zugleich Erbe des Pupillen geworden; genauer hätte er geschrieben: perinde ratio habetur, ac si *soli* patri heres extitisset.

Die l. 41. §. 6 cit. lautet:

> (Papin.): Coheres impuberi filio datus eidemque substitutus legata e secundis tabulis relicta perinde praestabit, ac si pure partem et sub conditione partem alteram accepisset.

Papinian leugnet nicht, daß der substituirte Miterbe zum Theil unbedingter, zum Theil bedingter Erbe des Vaters geworden sei; er weist nur darauf hin, daß die Bedingung zuweilen nicht wörtlich in der Substitutionsformel zu finden sei, daß sie aber selbstverständlich in jeder Pupillarsubstitution liege[1]).

c) Es ist bekannt, daß gewisse Vorschriften, die noch im spätesten

---

1) A. M. Huschke a. a. O. 6, 374. N. 1, welcher eine Differenz zwischen den früheren und spätren Römischen Juristen statuirt. Aber wie wäre es möglich, daß noch Paulus in l. 46 cit. (oben S. 458 f.) die angeblich ältre Ansicht vertritt, während schon Julian und Papinian die angeblich neue Ansicht vertheidigen?

Römischen Recht gelten, nur dann zu erklären sind, wenn man den Substituten für den Erben des Vaters auffaßt. So kann der Vater dem Substituten Legate auferlegen [1]); er darf ferner nur »de suo legare« d. h. auf Höhe des Nachlasses, wie er bei seinem Todestage ist, daher sind die Legate ungiltig, wenn der Pupill enterbt und der Substitut nicht zugleich Institutus ist [2]), der Pupillarsubstitut gilt im Zweifel als Vulgarsubstitut und umgekehrt; nach dem Tode des ex asse instituirten Pupillen erhält der Substitut nicht etwa bloß Eine Erbschaft, sondern duae hereditates, die hereditas patris und die her. filii. Von einigen hierher gehörigen Bestimmungen wollen wir ausführlicher handeln.

α) Der Grundsatz »pater de suo legat« ist noch immer ein Gegenstand der Controverse. Es erscheint unerklärlich, daß Jemand, der für einen Andren einen Erben ernennen kann, nicht auch aus dessen Vermögen solle Legate vertheilen können [3]), und Pernice hat deshalb sogar die Behauptung aufgestellt, daß in alter Zeit der Vater auch aus dem Pupillarvermögen Legate habe aussetzen dürfen, und daß dieses Recht ihm erst später genommen worden sei. Indeß ist dies sicherlich eine unrichtige Hypothese, denn aus l. 24. C. de leg. 6, 37, auf welche Pernice sich stützt, geht nur hervor, daß einige Juristen auch bei der Exheredation des Pupillen dem Vater erlaubten, den Substituten mit Legaten zu beschweren, nicht aber daß es eine Zeit gegeben, in welcher alle Juristen dies Recht dem Vater zusprachen, noch auch daß sie ihm gestatteten, wenn er den Pupillen instituirt, aus dessen Vermögen Legate zu vertheilen. In der That giebt es einen wesentlichen Unterschied zwischen der Erbeinsetzung und der Hinterlassung eines Vermächtnisses, woraus ihre verschiedne Behandlung sich mit Nothwendigkeit ergiebt. Das Vermächtniß nämlich ist seinem Begriff nach immer eine Liberalität; der Erblasser errichtet es, um sich gegen Jemanden freigebig zu erweisen, und das Legat ist nur insoweit giltig, als es eine Liberalität

---

1) Nur Fideicommisse können Jedem auferlegt werden, der durch den Tod des Erblassers etwas gewinnt (l. 1. §. 6. de leg. III).

2) l. 11. §. 8. ad l. falc. 35, 2.

3) Mühlenbruch in Glücks Pand. 40, 404. Pernice comm. duae p. 8.

enthält [1]). Die Erbeinsetzung hingegen ist keine Liberalität; sie ist die Berufung eines neuen Herrn zu einem alten Vermögen, sie kann für den Erben lucrative Folgen haben, ebenso gut aber ihm zum Schaden gereichen [2]). Nun ist es klar, daß man nie mit eines Andren Vermögen liberal sein darf; es fehlte sonst an der liberalen Gesinnung (dem animus donandi der Schenkungen); daher darf der Hausſohn selbst bei freier Verwaltung des Peculium wie auch der Vormund nicht schenken noch manumittiren [3]), und ganz aus demselben Grunde darf der Vater dem Sohne zwar substituiren, nicht aber aus dessen Vermögen legiren [4]). Zwar liegt in der Erbeseinsetzung für einen Andren eine starke Anomalie; diese aber war durch Gewohnheitsrecht eingeführt worden [5]), und durfte von der Jurisprudenz nicht mißbilligt werden; als nun die vom Gewohnheitsrecht nicht entschiedne Frage an die Juristen herantrat, ob der Vater auch aus dem Pupillarvermögen Vermächtnisse aussetzen dürfe, so mußte aus den obigen Gründen die Antwort im verneinenden Sinne erfolgen.

β) Der arrogator impuberis muß einem servus publicus versprechen, er wolle, wenn der Arrogirte in der Unmündigkeit verſterbe, dessen Vermögen an diejenigen herausgeben, an welche es

1) §. 14. J. de leg. 2, 20. l. 11. l. 28. §. 13. de lib. leg. 34, 13. l. 1. §. 10. ad l. falc. 35, 2.

2) Daher wird die Erbeinsetzung nur dann den Grundsätzen über causa lucrativa unterworfen, wenn sie den Erben bereichert; l. 108. §. 6. de leg. I. l. 83. §. 6. de v. o. 45, 1. l. un. C. de deser. lucr. imp. 10, 35. Savigny System 4, 12. Note g.

3) l. 7. pr. §. 1. — §. 3. de don. 39, 5. l. 13. de j. patr. 37, 14.

4) Ueber die scheinbare Ausnahme von l. 12. de v. et p. s. 28. 6. s. unten §. 44.

5) *Moribus* introductum est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit, heißt es in l. 2. pr. de v. et p. s. 28, 6: s. auch pr. J. de p. s. 2, 16. — Zwei abweichende Meinungen sind zu bemerken. Einige behaupten, das Recht zur Substitution sei unmittelbar in dem Satz der 12 Tafeln „uti pater legassit u. s. w." ausgesprochen oder beruhe doch auf einer Extensivinterpretation desſelben (Castring de vera indole subst. pup. Hal. 1759. p. 15. Costa, Merillius, Vinnius zum pr. J. de p. s. 2, 16. Brinz Pand. S. 780). Andre leiten es aus der väterlichen Gewalt her (Franke Notherbrecht S. 458; Müblenbruch in Glücks Comm. 40, 397. 401; Pernice comm. duae p. 6. (die sogar annehmen, die väterliche Gewalt daure gewissermaßen auch nach dem Tode des Vaters bis zur Pubertät fort!); Vering Erbrecht S. 345. 346).

ohne die Arrogation gekommen wäre, d. h. an die Intestaterben oder an den vom natürlichen Vater ernannten Pupillarsubstituten [1]). Diese Stipulation muß aber untergehen, wenn der Arrogator stirbt, nachdem er den Unmündigen allein zum Erben eingesetzt hat; ihre Erfüllung wird dann unmöglich, denn sie kann erst nach dem Tode des Pupillen erfüllt werden, müßte also nunmehr vom Pupillen nach seinem Tode erfüllt werden, die Stipulation »post mortem tuam dari spondes« ist aber null [2]). Es muß also hier die Regel zur Anwendung kommen:

quae in eam causam venerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur [3]).

Hiermit stimmen auch die Quellen überein; denn nur die Erben des Arrogator erklären sie aus der Stipulation verhaftet, nicht aber den Pupillen selbst [4]). — Hat nun aber der Arrogator selbst den Pupillen eingesetzt und ihm zugleich einen Pupillarsubstituten ernannt, so ist dieser aus der Stipulation verpflichtet; bedenkt man nun, daß die Stipulation in der Person des Pupillen untergegangen ist, so kann sie in der Person des Substituten nur dann aufrecht erhalten werden, wenn man ihn für den Erben des Arrogator erklärt:

l. 10. §. 6. de v. et p. s. 28, 6: In arrogato quoque impubere dicimus, ad substitutum ejus ab arrogatore datum non debere pertinere ea, quae haberet, si arrogatus non esset, sed ea sola, quae ipse ei dedit arrogator, nisi forte distinguimus, ut quartam quidem, quam omnimodo ex rescripti divi Pii debuit ei relinquere, substitutus habere non possit, superfluum habeat. Scaevola tamen putat, vel hoc arrogatori permittendum, quae sententia habet rationem.

Scävola meint, der Substitut braucht nicht zu restituiren »quae ipse ei (pupillo) dedit arrogator«, hierzu rechnet er nicht bloß, was der Arrogator bei Lebzeiten dem Pupillen zuwendete [5]), sondern

1) l. 18. de ad. 1, 7. l. 40. de v. et p. s. 28, 6. §. 3. J. de ad. 1, 11.
2) Gai. 3, 100.
3) l. 3. §. 2. de his quae pro non script. 34, 8. Savigny System 2, 69.
4) l. 22. pr. de ad. 1, 7.
5) Dies ist zwar keine giltige Schenkung inter vivos, wird aber als mort. c. don. aufrecht erhalten; Vat. fr. §§. 274. 277. 278. 281. Paul. rec. sent.

auch die Erbeinsetzung des Pupillen auf das Viertel, worauf der Pupill nach dem Rescript des Pius Anspruch hat, und (so können wir weiter schließen) auch die Erbeinsetzung des Pupillen ex asse. Demnach behandelt die Stelle nicht etwa bloß den Fall, wo der Pupill enterbt und sein Substitut ex asse instituirt war, sondern auch den oben von uns gesetzten Fall, wonach der Pupill ex asse instituirt war.

γ) Der Fall, welcher in der oben S. 458. f. abgedruckten l. 46. de v. et p. s. 28, 6. behandelt ist. Der Pupill ist ex asse eingesetzt, der Bruder des Testator ihm vulgariter und pupillariter substituirt, und letztrem ein Fideicommiß auferlegt, für den Fall, daß er Erbe des Erblassers werde, wohingegen über den Fall, daß der Substitut Erbe des Pupillen wird, der Erblasser schweigt. Der Pupill wird hierauf Erbe und stirbt innerhalb der Unmündigkeit; trotzdem wird das Fideicommiß für giltig erklärt, weil wie der Jurist hinzufügt, der Substitut nicht bloß Erbe des Pupillen, sondern auch des Vaters geworden ist.

δ) In l. 4. C. de nec. serv. her. inst. 6, 27. entscheidet Justinian eine Controverse. Hatte nämlich Jemand seine Sclaven im Testament freigelassen, und ihn sodann den zum Erben berufnen Pupillen substituirt, so leugneten einige Juristen, daß derselbe heres necessarius filii werde, weil dazu nöthig sei, daß »et libertas et hereditas in eodem gradu relinquebatur; in praesenti autem non in unum tam libertas quam substitutio congregata est, sed in alium et alium gradum«. Justinian entschied im entgegengesetzten Sinne, indem er sich auf den muthmaßlichen Willen des Testator berief, welcher dem Sclaven Freiheit und Erbschaft ungetrennt hinterlassen wollte. Diesen Entscheidungsgrund mag man zur Noth gelten lassen; räthlicher ist es jedoch zu erforschen, welche andre Gründe die Anhänger dieser Ansicht angeführt haben mögen. U. E. den: daß Freiheit und Erbschaft nur äußerlich in zwei verschiednen Graden hinterlassen sind; in Wahrheit ist der Sclave

---

5, 11, 3. l. 2. C. Greg. fam. erc. 3, 5. l. 2. C. de inoff. don. 3, 29. l. 18. pr. C. fam. erc 3, 36. l. 25. C. de don. inter v. et u. 5, 16. Pangerow Pand. 2, 449.

bereits primo gradu mit dem Pupillen zusammen als Erbe (nämlich als Gesammterbe) berufen.

So giebt es also noch im neuesten Recht eine Menge von Bestimmungen, die zu ihrer Voraussetzung haben, daß der Substitut Erbe des Vaters ist. Wenn nun die Anhänger der jetzt herrschenden Ansicht erklären, jene Auffassung der Pupillarsubstitution habe nur in ältrer Zeit gegolten, in spätrer Zeit habe man sie verlassen, jedoch eine Menge Rechtssätze, die aus der ältren Anschauung hervorgegangen waren, als giltig anerkannt: so versetzen sie damit die spätren Juristen, die doch die Koryphäen der Römischen Rechtswissenschaft sind, in einen grellen Widerspruch mit sich selbst, und werfen auf sie einen schweren Tadel. Eine Differenz bestand allerdings unter den Juristen bis zur Mitte des zweiten Jahrhunderts p. Chr. einerseits und den Späteren andrerseits, allein diese Differenz war, wie unten §. 43. gezeigt werden wird, eine ganz andre; sie bezog sich nicht auf die Frage, ob der Substitut Erbe des Vaters sei; diese Frage ist einstimmig von allen Juristen bejaht worden.

Ad 2. Bisher (von S. 457. ab) ist gezeigt worden, daß der Substitut Erbe des Vaters sei; nunmehr ist zu beweisen, daß sein Erbschaftsantritt auf den Augenblick des Todes zurückbezogen wird. Dafür spricht nun vor Allem der Umstand, daß ein Erbe (abgesehen von dem Soldatentestament) nicht ex die berufen werden kann. Aber es giebt dafür noch ein andres Zeugniß. Wäre nämlich der Substitut heres ex die, so müßte bis zu dem Augenblick, wo der Pupill stirbt, die Substitution gar keine Wirkungen äußern. So ist es bei Soldatentestamenten, daher wird hier vor dem Eintritt des Dies die Intestaterbfolge eröffnet[1]). Darf die Substitution (von jenem Standpunkte aus) vor dem Tode des Pupillen keine Wirkungen äußern, so muß hinsichtlich der Legate, die dem Substituten auferlegt waren, der dies cedens erst mit dem Tode des Pupillen eintreten; nun lehren aber die Quellen das Gegentheil, der dies cedens der Substitutenlegate ist der Todestag des Vaters:

l. 1. quando dies leg. 36, 2: Mortuo patre licet vivo pupillo dies legatorum a substituto datorum cedit.

1) l. 41. pr. de test. mil. 29, 1

l. 7. §§. 3. 4. 5. eod.: Inde dicimus etsi legatum a substituto sit relictum, quamdiu institutus deliberat, defuncto legatario non nocebit, si postea heres institutus repudiavit; nam ad heredem suum transtulit petitionem. *Tantundem si ab impuberis substituto legetur, nam ad heredem suum legatum transfert.* Tractari tamen potest, si impuberi substitutus damnatus sit, si intra pubertatem filius decesserit, Seio centum dare, an vivo pupillo defunctus Seius ad heredem transferat, quasi ea conditio sit expressa, quae inerat. Et magis est, ad heredem legatarii transire [1]).

Eine Folgerung hieraus enthalten

l. 34. §. 10. de leg. I: Sed si in pupillari testamento alii eandem legaverit, quam mihi in suo testamento legavit, Julianus scribit, concursu partes nos habere, interim igitur partem habebit is, cui in suo testamento legavit.

l. 41. §. 6. de v. et p. s. 28, 6 ... quum legatum primis tabulis Titio datur, secundis autem tabulis eadem res Sempronio, Sempronius quandoque Titio concurrit.

Es iſt in den primae tabulae eine Sache dem A, dieſelbe Sache in den secundae tabulae dem B. legirt worden. Der Juriſt entſcheidet ſo, wie wenn in demſelben Teſtament dem A. und B. legirt worden wäre, wo, ſo lange der eine Legatar noch deliberirt, der Andre vorläufig nur einen Theil erhält [2]); denn der Concurſus wird hier auf den Augenblick des Erbſchaftsantritts zurückdatirt. Dieſelbe Zurückdatirung erfolgt auch bei den dem Subſtituten auferlegten Legaten, ſchon jetzt gilt B. als mit A concurrirend, ſo daß letztrer vorläufig nur einen Theil erhält [3]); dieſer Concurſus

1) Die Schlußworte haben folgende Bedeutung. Der Juriſt unterſucht, ob das Legat ein bedingtes, alſo nicht transmiſſibel ſei; ſeine Anſicht iſt: die Honorirung iſt nicht bedingt, bloß der Onerirte iſt bedingt berufen, und daher das Legat transmiſſibel.

2) Oben Cap. 1. §. 40. S. 434 f.

3) Dies die Anſicht des Gloſſator Joannes; Azo und Hugolinus hingegen und in neuerer Zeit Göſchen (obs. jur. Rom. p. 98. Note) geben dem Legatar des Pupillen in der Zwiſchenzeit den Beſitz des ganzen Legats (Gl. partem zu l. 34. §. 10 cit.). Einen ähnlichen Fall enthält l. 53. §. 1. de leg. I: Sed si repetierit legatum cum alio, forte fundum mihi legaverat ab impubere,

aber Seitens des B. setzt voraus, daß bereits ein (wenn auch nur bedingter) Onerirter da ist, d. h. der Substitut gilt schon vorläufig als Erbe, sein spätrer Erbschaftsantritt wird zurückdatirt.

II. Der Pupill mit dem Substituten zusammen als Einheit ist Erbe des Vaters.

Der Pupill ist, wie im Vorhergehenden gezeigt wurde, nicht allein auf seine Portion Erbe, auf dieselbe Portion ist es der Substitut, und zwar ist er es schon bei Lebzeiten des Pupillen, nur daß es zu dieser Zeit noch in pendenti ist, und erst nach dem Tode des Pupillen sich entscheidet. Trotzdem nun Beide Erben sind, entstehen dennoch keine Theile. Daß factisch keine Theile entstehen durften, versteht sich von selbst; der Vater wollte den Pupillen allein, so lange er lebte, im Besitz und Genuß der Erbschaft wissen, die Auffassung des Substituten als Erben des Vaters ist nicht auf den väterlichen Willen zurückzuführen, sie ist vielmehr ein Product der Jurisprudenz. Und weil factisch nicht Theile entstehen, so machte man auch juristisch keine. So erhielt man zwei Erben neben einander ohne Anwendung des Grundsatzes »concursu fiunt partes«; um dies zu ermöglichen, um nicht die Regel »uni duo pro solido heredes esse non possunt« zu verletzen, bietet sich das Gesammtrechtsverhältniß allein als Ausweg dar; Pupill und Substitut, als Gesammterben aufgefaßt, sind nicht ein Jeder heres pro solido, denn Jeder erkennt die Berechtigung des Genossen an, erst Beiden zusammen steht die hereditas pro solido zu.

Man behandelte demgemäß den Pupillen und Substituten als eine Einheit. Die Beweise hierfür lassen sich hauptsächlich der Legatenlehre entnehmen. Die Quellenaussprüche theilen sich in zwei Classen:

1) in der ersten Classe wird der Pupill als belastet behandelt, während das Legat dem Substituten auferlegt war;
2) in der zweiten Classe wird der Substitut als belastet behandelt, während das Legat dem Pupillen auferlegt war.

repetiit hunc ab impuberis herede mihi et Seio, repetitio haec efficiet, ut pars mihi debeatur.

Ad 1. Zur erſten Claſſe gehören folgende drei Fragmente:

l. 79. ad l. falc. 35, 2. (Gai.): In duplicibus testamentis, sive de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater quum moreretur habuit, nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel acquisierit aliquid vel deminuerit; sive de legatis quaeramus, tam ea quae in primis, quam ea quae in secundis tabulis relicta sunt, in unum contribuuntur, *tamquam si et ea, quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia conditione legasset.*

l. 11. §. 5. ad l. falc. 35, 2. (Papin.): Quod vulgo dicitur, in tabulis patris et filii unam falcidiam servari, quam potestatem habeat, videndum est. Quamvis enim substitutus, quae a pupillo relicta sunt, cum filius heres extitit, ut aes alienum quodlibet debeat, tamen propter ea, quae data sunt secundis tabulis, contributioni locus est. Secundum quae poterit evenire, ne substitutus quidquam retineat, velut longe plus habeat quartae paternae hereditatis. Quid ergo si non sufficiat pupilli hereditas legatis, quum patris suffecisset? De suo (quadrante nimirum [1]) dabit substitutus, quoniam pater legavit de suo, nec ad rem pertinet, quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii, *quum in hac parte juris legata, quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelliguntur.*

l. 7. §. 5. de lib. leg. 34, 3: Unde quaerit Julianus, si ab impuberis substituto sit liberatio relicta, deinde impubes exegerit, quod debetur, an evanescat legatum. *Et quum constet, pupillum in his, quae ab substituto relinquuntur, personam sustinere ejus, a quo sub conditione legatur,* consequens est, substitutum actione ex testamento teneri, si pupillus a debitore exegerit.

Alle drei Fragmente ſtimmen darin überein, daß die Legate der tabulae secundae zugleich Legate der tabulae primae ſind, daß die Legate, welche dem Subſtituten auferlegt ſind, zugleich als bedingt dem

1) Dieſe Worte ſind ein Gloſſem; wir kommen hierauf S. 475. zurück.

Pupillen auferlegte Legate gelten; daraus, daß sie bloß für bedingte Pupillenlegate erklärt werden, folgt keine Verschiedenheit in der Stellung des Pupillen und Substituten; die Bedingung nämlich lautet: »si pupillus intra pubertatem decesserit«, und diese gilt sowohl für den Pupillen als für den Substituten, nur ist sie für den Substituten eine conditio juris, weil er unter derselben Bedingung zur Erbschaft berufen ist. — Aus dieser Regel werden in jenen Leges zwei Folgerungen gezogen:

a) Die erste Folgerung aus l. 11. §. 5. und l. 79 citt. ist die Regel »in tabulis patris et filii una falcidia servatur« (l. 11. §. 5 cit.) oder »tam ea legata quae in primis, quam ea quae in secundis relicta sunt, in unum contribuuntur« (l. 79 cit.). Alle Legate, die dem Substituten auferlegt sind, gelten auch als dem Pupillen (bedingt) auferlegt, und dieser letztre kann selbst wegen der Substitutenlegate die Caution quanto amplius verlangen [1].

b) Die zweite Folgerung (aus l. 7. §. 5 cit.) ist: der Pupill darf nicht das dem Substituten auferlegte Legat unmöglich machen; hat er es doch gethan, so haftet der Substitut dafür, weil es so ist, als hätte der Substitut selbst das Legat unmöglich gemacht. Hiervon macht l. 7. §. 5 cit. folgende Anwendung: der Vater hat dem Substituten die Liberation (seines (des Vaters) Schuldners auferlegt; der Pupill darf zwar einklagen, dies aber nur deshalb, weil die Liberatio bedingt ist (si pupillus intra pubertatem decesserit); wird nun aber die Bedingung erfüllt, so ist es klar, daß der Pupill gegen den Willen des Erblassers gehandelt hat, und der Substitut muß dafür aufkommen.

Im Anschluß hieran können wir die oben S. 466. abgedruckten l. 34. §. 10. de leg I. und l. 41. §. 6. de v. et p. s. 28, 6. anführen. Weil dieselbe Sache sowohl vom Pupillen als vom Substituten hinterlassen ist, so gelten die Legatare als Collegatare, und der Pupillenlegatar erhält schon vorläufig bloß einen Theil. Es würde anders entschieden werden, wenn der Substitutenlegatar nicht zugleich Pupillenlegatar wäre; das ersieht man aus

l. 11 l. 12. de us. acer. 7, 2: Quum singulis ab heredibus

1) l. 1. §. 13. si cui plus quam per l. falc. 35, 3.

singulis ejusdem rei fructus legetur, fructuarii separati videntur . . . ., quum alius ab alio herede usumfructum vindicet.

Hier, wo der Legatar des Einen nicht auch der des Andren ist, entsteht kein Concursus, sondern Jeder erhält von seinem Belasteten den ganzen Nießbrauch resp. dessen Werth. — Ferner gehört hierher:

l. 81. §. 10. de leg. I: A filio impubere legatus et a substituto liber esse jussus, *si quidem pupillus ad pubertatem pervenerit, ab eo, cui legatus fuerat, vindicabitur*, mortuo vero pupillo libertas competit.

Die beiden hinterlaßnen Legate widersprechen einander, nur eines kann bestehen: das Eigenthumslegat, wenn der Pupill die Mündigkeit erlebt, das Legat der Freiheit, wenn er vorher stirbt; die Folge davon ist, daß das Eigenthumslegat ein bedingtes wird und erst nach der Erreichung der Mündigkeit vindicirt werden kann; schon bei Lebzeiten des Pupillen ist demnach das Freiheitslegat wirksam, es ist bedingt dem Pupillen selbst auferlegt. Wäre die Personeneinheit zwischen dem Pupillen und Substituten nicht vorhanden, so müßte das Eigenthumslegat unbedingt und sofort wirksam, das Freiheitslegat hingegen, weil an einen fremden Sclaven hinterlassen, ungiltig sein und dürfte höchstens als fideicommissarische Freilassung aufrecht erhalten werden.

Ad 2. Zur zweiten Classe, in welcher diejenigen Fragmente aufzuführen sind, nach denen der Pupillenlegatar zugleich Substitutenlegatar ist, gehört vornehmlich

a) l. 87. §. 4. ad l. falc. 35, 2. (Julian.): Qui filium suum impuberem et Titium aequis partibus heredes instituerat, a filio totum semissem legaverat, a Titio nihil; et Titium filio substituerat; quaesitum est, quum Titius ex institutione adiisset, et impubere filio mortuo ex substitutione heres extitisset, quantum legatorum nomine praestare deberet. Et placuit, solida legata eum praestare debere, nam confusi duo semissesefficerent, ut circa legem falcidiam totius assis ratio haberetur, et solida legata praestarentur. Sed hoc ita verum est, si filius, antequam patri heres existeret, decessisset. Si vero patri heres fuit, non ampliora legata

debet substitutus, quam quibus pupillus obligatus fuerat, quia non suo nomine obligatur, sed defuncti pupilli, qui nihil amplius, quam semissis dodrantem praestare necesse habuit.

Wir können vorläufig nicht auf den ganzen Inhalt der Lex eingehen[1]), sondern dürfen nur einen Punkt hervorheben. Julian behandelt folgenden Fall: der Unmündige und Titius sind zu gleichen Theilen eingesetzt, dem Unmündigen sind Legate auf Höhe seiner ganzen Portion auferlegt, Titius hingegen ist frei von Legaten und dem Unmündigen substituirt. Nunmehr wird der Jurist gefragt, ob, wenn Beide Erben geworden und demnächst der Unmündige verstorben, der Substitut die ganzen dem Pupillen auferlegten Legate tragen müsse? Er wendet sich zunächst (sed hoc ita verum est — decessisset) zu dem Fall, daß der Sohn nicht Erbe geworden, sondern vor dem Vater verstorben ist, und entscheidet, der Substitut müsse alle Pupillarlegate tragen. Wie ist dies zu erklären, da doch zu Julians Zeit die dem Instituten auferlegten Legate noch nicht auf den Substituten übergingen, dies vielmehr erst von Sever und Antoninus Caracalla eingeführt wurde[2])? Ja, selbst nach diesen Kaisern wird doch die Institutions- und Substitutionsportion getrennt gehalten, wenn letztre überschwert ist[3]), während in l. 87. §. 4 cit. eine Vereinigung eintritt. Auf diese Bedenken antwortet die Glosse unter Zustimmung sehr vieler Schriftsteller[4]), man müsse suppliren, es seien die Legate ausdrücklich vom Substituten repetirt worden; allein diese Supplirung ist unzulässig, denn es heißt am Schluß der Lex, daß der Substitut »non suo nomine obligatur sed defuncti pupilli«; also nicht weil repetirt worden, sondern weil dem Pupillen die Legate auferlegt sind, haftet

1) S. hierüber unten §. 43. Vierte Streitfrage.

2) l. 74. de leg. I. l. 61. §. 1. de leg. II. l. 4. C. ad sct. treb. 6, 49. A. M. Hoffmann in Sell's Jahrb. 1, 485 und Pernice comm. duae p. 23. 120 sq.

3) S. die Erklärung der l. 1. §. 13. ad l. falc. 35, 2. auf S. 473.

4) Cujaz obs. 4, 35. 15, 15. Papillon de subst. pup. bei Otto thes. 4, 748. Carvalho de una et altera quarta ded. §. 75 sq. Pfordten Abh. S. 20 f. Vangerow Arch. f. civ. Pr. 36, 319. N. 16.

der Substitut[1]). Donell und Huschke legen darauf Gewicht, daß der Substitut, weil der Pupill vor dem Vater gestorben, auf zwei Erbportionen berufen sei[2]); allein nach altem Recht (vor Sever) accrescirt ja, wenn derjenige Erbe wegfällt, welchem Legate namentlich auferlegt waren, dem übrigbleibenden Erben sine onere[3]), und derartig ist unser Fall, da der Pupill allein mit den Legaten beschwert war. — Die Schwierigkeit der Lex wird erst dann gehoben, wenn man auf die Personeneinheit zwischen dem Pupillen und Substituten recurrirt; die Folge davon ist, daß alle dem Pupillen auferlegten Legate zugleich als dem Substituten auferlegt gelten, und zwar ist dies schon in der Zeit vor Sever Rechtens, wo die Vulgarsubstituten die Lasten des Vorerben noch keineswegs zu übernehmen hatten. Der Substitut des Pupillen wird zugleich mit diesem zur Erbschaft berufen, und die Lasten treffen Beide in gleichem Maße; dies ist — nach Auslegung der Jurisprudenz — der Inhalt des väterlichen Testaments; der Umstand, daß der Pupill vor dem Vater verstirbt, macht nicht aus dem Pupillarsubstituten nunmehr einen Vulgarsubstituten[4]), sondern er hat die Wirkung, daß die factische Ausübung der erbschaftlichen Verhältnisse dem Pupillarsubstituten sofort mit des Testators Tode zukommt, während sie, wenn der Pupill gelebt hätte, noch suspendirt gewesen wäre; im Uebrigen bleibt der Substitut so, wie ihn der Testator sich gedacht hatte, d. h. Pupillarsubstitut, und deshalb muß er schon vor Sever und Caracalla die Pupillarlegate tragen.

---

1) Zwar handelt Julian am Schluß der Lex von dem Fall, wo der Pupill den Vater überlebt und sein Erbe geworden ist; allein, wären die Legate vom Substituten repetirt worden, so hätte der Jurist schreiben müssen: pupilli et suo nomine obligatur; er schreibt aber: non suo nomine obligatur sed defuncti pupilli.

2) Donellus comm. l. 8. cap. 23. §. 5 sq. Huschke Zschr. f. Civ. u. Pr. N. F. 7, 195.

3) l. 29. §. 2. (von Celsus). l. 61. §. 1. de leg. II. (von Julian); anders wenn der Beschwerte nicht namentlich aufgeführt war, l. 49. §. 4. eod. (von Paulus); seit Sever stehen beide Fälle gleich, l. 61. §. 1 cit. So auch Huschke in Richter-Schneider kr. Jahrb. 1838. S. 314.

4) Das sagen auch nicht die Quellen; sie lehren nur, daß eine „substitutio in alterum casum" im Zweifel eine „substitutio in utrumque casum" sei (l. 4. de v. et p. s. 28, 6).

Die Richtigkeit dieser Erklärung wird aber noch dadurch bestätigt, als durch sie jeder Widerspruch mit l. 1. §. 13. ad l. falc. 35, 2. gehoben wird:

Id quod ex substitutione coheredis ad coheredem pervenit, proficit legatariis, is enim similis est ex parte pure, ex parte sub conditione heredi instituto. *Sed ea, quae ab eo legata sunt; si omiserit hereditatem, non augebuntur, scilicet si ab eo nominatim data sunt, non: quisquis mihi heres erit.*

In dem Schlußsatz dieses Fragments ist ausgesprochen, daß, wenn diejenige Portion, welche Jemand als Substitut erhält, überlastet ist, die Substitutenlegatare daraus keinen Vortheil ziehen, daß die Institutionsportion nicht belastet ist, sondern daß die beiden Portionen getrennt zu halten sind (es sei denn, daß die allgemeine Formel: *quisquis* mihi heres erit gebraucht ist). Es muß hier etwas Anderes als bei der Pupillarsubstitution stattfinden; denn der Vulgarsubstitut bildet nicht mit dem Institut eine Einheit, ist also nicht schon dadurch belastet, daß der Institut belastet ist, vielmehr beruht die Uebertragung der dem Instituten auferlegten Legate auf den Substituten rein auf der Billigkeit, sie darf also nie die Wirkung haben, daß die Legate, die dem Substituten in seiner Eigenschaft als Institut auferlegt sind, geschmälert werden, und es muß deshalb, wenn die Substitutionsportion überlastet ist, eine getrennte Rechnung stattfinden [1]).

b) Die l. 81. §. 7. de leg. I:

Si paterfamilias ab impubere filio Titio fundum legaverit, et a substituto eundem eidem Titio, et pupillus patri heres extiterit, sive vindicaverit Titius legatum sive repudiaverit, quamvis filius impubes decesserit, a substituto vindicare non poterit; hoc enim quod rursus a substituto legatur, perinde habendum est, ac si repetita legata essent.

---

1) Mit Unrecht beziehen einige Juristen den Schlußsatz der l. 1. §. 13. auf das Accrescenzrecht; so Arndts in Weiske's Rechtslexicon 4, 317. und Pand. §. 564. Anm. 2, Hoffmann in Sells Jahrb. 1, 331. 384 f., Sigmund, über die Berechnung der Quarta Falcidia S. 18 f. S. noch über die Streitfrage Pfordten Abh. S. 16—26, Huschke in Zschr. f. Civ. u. Pr. N. F. 7, 195 ff., Vangerow im Arch. f. civ. Pr. 36, 316 ff.

Wird ein Legat dem Pupillen auferlegt, so ist damit von selbst auch der Substitut beschwert; wird es also dem Substituten nochmals auferlegt, so liegt darin kein neues Legat, sondern eine bloße repetitio legati; die Repetitio aber ist, weil Pupill und Substitut eine Einheit bilden, nichtig:

l. 113. §. 3. de leg. I: Sed si pater impuberi filio substituerit et a substituto legata repetierit, si pupillus heres extiterit, et intra pubertatem decesserit, *repetitio non valet*, quia voluntas defuncti haec est, ut semel debeantur;

und hieraus folgt, daß, wenn der Legatar bei Lebzeiten des Pupillen das Legat ausschlägt, er nach dessen Tode kein neues Legat erhält und deshalb das Legat nicht mehr annehmen kann [1]). Nur dann gilt die Repetition, wenn die Beschwerung des Pupillen ungiltig war, z. B. wegen einer hinzugefügten und deficirenden Bedingung [2]); denn in diesem Falle ist durch das erste Legat nicht allein der Pupill, sondern auch der Substitut unbeschwert geblieben.

c) Die oben S. 469. erörterte Regel »in tabulis patris et filii una falcidia servatur« beweist nicht bloß, daß die dem Substituten auferlegten Legate auch dem Pupillen (bedingt) auferlegt sind, sondern auch umgekehrt, daß die Legate, womit der Pupill beschwert ist, als Beschwerungen des Substituten gelten. Verbindet man hiermit den Grundsatz »pater de suo legat«, und beurtheilt man deshalb die zulässige Höhe der Legate nach dem Bestande der Erbschaft bei dem Tode des Vaters, so wird es möglich, daß der Substitut bald mehr bald weniger als die Quart des väterlichen Nachlasses erhält; erstres, wenn die Erbschaft nach dem Tode des Vaters [3]) sich vermehrt; letztres, wenn sie sich vermindert, ja in

1) In l. 81. §. 7 cit. heißt es noch, daß auch, wenn der Legatar bei Lebzeiten des Pupillen das Legat vindicirt hat, er es nicht mehr nach seinem Tode vom Substituten vindiciren könne; das bedeutet aber nur: der Legatar hat bereits durch die Vindication bei Lebzeiten des Pupillen das Legat erhalten; dürfte er nach dessen Tode nochmals vindiciren, so würde er ein zweites Legat erhalten, während doch wegen der Einheit zwischen Pupillen und Substituten bloß Ein Legat gegeben ist.

2) l. 19. §. 1. l 81. §. 7. l. 113. §. 4. de leg. I.

3) Nicht bloß die Zeit seit der Erbantretung, sondern selbst das tempus hereditatis jacentis kommt nicht in Anschlag; l. 73. pr. ad l. falc. 35. 2.

diesem Falle ist es möglich, daß der Substitut nichts erhält oder sogar mit seinem eignen Vermögen für die Legate haften muß, wie dies in l. 11. §. 5. ad l. falc. 35, 2. ausgesprochen ist:

> quid ergo si non sufficiat pupilli hereditas legatis quum patris suffecisset? *De suo* dabit substitutus, quoniam pater legavit de suo nec ad rem pertinet, quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii, quum in hac parte juris legata, quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelliguntur.

Zwar schalten sämmtliche Handschriften und auch die Basiliken [1]) nach den Worten »de suo« noch »quadrante nimirum« ein, und es sind im Anschluß hieran zum Theil ganz exorbitante [2]) Ansichten aufgestellt worden; indeß kann nach den ausgezeichneten Ausführungen von Goveanus, Huschke, Vangerow und Pernice [3]) nicht gezweifelt worden, daß jene Worte ein Glossem enthalten; schon das »nimirum« verräth ein solches; überdies zeigt das Scholion des Cyrillus [4]), daß in seiner Handschrift die Worte »quadrante nimirum« fehlen; endlich aber verlangt der ganze Gang der Papi-

---

1) Lib. 41. tit. 1. §. 4, 2: *ἐὰν δὲ ἡ τοῦ ἀνήβου κληρονομία μὴ ἀρκῇ τοῖς ληγάτοις, ἡ δὲ τοῦ πατρὸς ἀρκῇ. δίδωσιν ὁ ὑποκατάστατος ἐκ τοῦ οἰκείου τρίτου.* Daß *τρίτον* statt *τέταρτον* erklärt sich durch Nov. 18, indem hiernach der Pflichttheil des Pupillen ein Drittel beträgt.

2) Mühlenbruch in Glücks Comm. 40, 399 ff.; s. gegen ihn Pfordten Abh. S. 36. N. ii.

3) Goveanus op. jur. civ. p. 184 sq. (ed. Lugd. 1562); Huschke in Zschr. f. C. u. Pr. N. F. 6, 392 ff., Vangerow in Arch. f. civ. Pr. 36, 228 sq., Pernice comm. duae §. 3. Bei den letzten drei Schriftstellern sind auch die entgegenstehenden Ansichten abgehandelt und widerlegt; wir verweisen darauf, um uns nicht dem Vorwurf des actum agere auszusetzen. Auch Pfordten Abh. S. 34 ff. behandelt die Ansichten andrer Schriftsteller. In neuester Zeit hat Brinz (Pand. S. 935) vorgeschlagen, bloß „quadrantem" zu lesen; allein dies genügt nicht, denn der Substitut muß mit seinem ganzen Vermögen für alles Fehlende aufkommen.

4) Dasselbe lautet in Heimbach's ed. Basil. 4, 97: *ἐπὶ τῆς πριγκιπαλίας καὶ πουπιλλαρίας εἰς φαλκίδιος τρακταίζεται. κἂν ἔχῃ τὸ δ' ὅλης τῆς οὐσίας ὁ ἐνοτατος, τέλεια τὰ ληγάτα ἀπαιτεῖται ὁ ὑποκατάστατος, κἂν μὴ ἀρκῇ ἡ οὐσία τοῦ ἀνήβου, ὡς δοκοῦντα ἐπὶ τῇ πριγκιπαλίᾳ ὑπὸ αἵρεσιν καταλεῖφθαι.*

nianischen Argumentation, daß der Substitut auch mit seinem eignen Vermögen für die Legate einstehe[1]). —

d) Bereits früher (S. 469. unter a.) ist bemerkt worden, daß der Pupill wegen der dem Substituten auferlegten Legate die Caution quanto amplius verlangen könne. Wenn nun mehrere Substituten vorhanden sind, so entsteht die Frage, zu welchen Antheilen jene Caution den Substituten verfällt? Wären sie nicht Erben des Vaters, sondern bloß des Pupillen, so müßten sie darauf nach

---

1) Wenn dem Pupillen zwei Substituten ernannt sind, so gilt, da Beide Erben des Vaters sind, wie wenn der Pupill nicht Erbe geworden wäre (plures substituti subducta persona pupilli revocandi sunt ad intellectum institutionis, heißt es in l. 11. §. 6. ad l. falc. 35, 2), die Regel: in singulis heredibus ratio legis falcidiae componitur, l. 77. ad l. falc. 35, 2, d. h. jeder Substitut zieht die Quart selbständig ab. Dies lehren auch Papinian in l. 11. §. 6. ad l. falc. und Gaius in l. 80 eod., während Ulpian in l. 1. §. 3. si cui plus 35, 3. andrer Meinung zu sein scheint. Die verschiednen Vereinigungsversuche s. bei Pfordten Abh. S. 64, Huschke a. a. O. 6, 414 ff., Bangerow a. a. O. 36, 250 ff. Bangerow selbst hat eine neue Ansicht aufgestellt, und ihm ist später Pernice comm. duae p. 115 sq. gefolgt. Danach tritt Ulpian der Ansicht Marcells, Titius brauche nie die vollen 300 zu zahlen, entgegen; Ulpian meint, Titius müsse dies thun, wenn Sejus die Erbschaft ausschlage, da er dann Alleinerbe sei; ja er könne, solange Sejus deliberire, auf Zahlung der vollen 300 belangt werden, und müsse vorläufig gegen Stellung der cautio quanto amplius an sämmtliche Erben zahlen. Allein dieser Auslegung stehen u. E. bedeutende Gründe entgegen. Zunächst der Wortlaut der Ler; es heißt da: non amplius eum *parte sua* erogare compelli, ein Alleinerbe aber hat nicht bloß eine pars, sondern die ganze Erbschaft. Es heißt ferner: sed *omnibus* heredibus (stipulatio) interponenda est; nun kann doch aber einem noch deliberirenden Erben nicht eine Stipulation bestellt werden; höchstens wäre hier die Zuziehung eines servus publicus denkbar (vgl. über ähnliche Fälle l. 18. de adopt. 1, 7. l. 1. §§. 15. 16. de mag. conv. 27, 8. l. 2. l. 3. rem pup. s. f. 46, 6). aber der Jurist gedenkt dessen nicht. Endlich aber sehen wir nicht ein, wie ein Theilerbe, während der mitberufne Erbe deliberirt, zur Zahlung von Legaten angehalten werden darf, welche seine Portion unbedingt überschreiten; denn während der Deliberation des Genossen hat der antretende Theilerbe immer nur hereditatis, petitio partiaria und bonorum possessio pro parte (s. oben Cap. 1. §. 40. S. 433), man anticipirte den Concursus des noch deliberirenden Erben; daraus folgt, daß der eine Miterbe während der Deliberation des Andren immer nur theilweis auf die Legate haftet. — Die Ler scheint nur durch Conjectur mit den andren Fragmenten in Uebereinstimmung gebracht werden zu können.

Verhältniß ihrer Erbtheile Anspruch machen; bilden sie dagegen mit dem Pupillen eine Einheit, so ist die Caution nicht bloß dem Pupillen, sondern auch den Substituten direct bestellt, und zwar Jedem in demjenigen Verhältniß, in welchem seine Quart verletzt ist. Gerade dies lehrt Papinian am Schluß der l. 11. §. 6. ad l. falc. 35, 2:

> Huic consequens est ut, si pupillo de falcidia cautum sit, duobus committatur stipulatio, videlicet *in eam quantitatem, quam unusquisque sibi retinere possit.*

Wenn also (um ein von Huschke a. a. O. 6, 410. aufgestelltes Beispiel zu wiederholen) die Erbschaft 400 beträgt, und an Vermächtnissen dem Pupillen 50, dem Substituten A. 160, dem Substituten B. 140 auferlegt sind, so daß A. auf seinen Erbtheil, welcher 200 beträgt, 25 Pupillenlegate + 160 eigne Legate = 185, B. auf seinen Erbtheil von 200 gleichfalls 25 Pupillenlegate + 140 eigne Legate = 165 zu zahlen hätte, so würde die Quart des A. um 35, die des B. um 15 überschritten sein, mithin Jeder auf das Verhältnißmäßige (nicht etwa zu gleichen Antheilen) aus der dem Pupillen bestellten Caution klagen können.

§. 43. Fortsetzung. Vier Streitfragen der Römischen Juristen.

Im Vorhergehenden ist ausgeführt, daß bis zu den spätesten Römischen Juristen herab der Substitut immer als Erbe des Vaters aufgefaßt worden, und daß gegen diese Grundanschauung niemals von einem Römer Zweifel erhoben worden ist. Allein es wurde bereits angedeutet (S. 465), daß gewisse Streitfragen unter den classischen Juristen bestanden. Gerade aus der einen dieser Streitfragen, welche die Haftung der Substituten für die väterlichen Schulden betrifft, hat man sich bisher zu der Annahme berechtigt gehalten, daß die spätren Römischen Juristen den Substituten bloß für den Erben des Pupillen gelten ließen. Man gewinnt aber ein andres Resultat, wenn man alle Streitfragen neben einander stellt und unter sich vergleicht; man findet alsdann, daß Ein Princip ihnen allen zum Grunde liegt, ein Princip, welches sich etwa also fassen läßt. Bis zum 2. Jahrhundert erachtete man es für den Substituten

gleichgiltig, wenn Rechtsverhältnisse bei Lebzeiten des Pupillen Umänderungen erfahren hatten, die mit der Person des Pupillen zusammenhingen, jene Rechtsverhältnisse gingen auf die Person des Substituten unverändert über; seit dem 2. Jahrhundert bricht sich die Anschauung Bahn, daß auch solche Umänderungen dem Substituten nützen.

Diese Streitfragen betreffen nicht bloß die Legate, sondern auch andre mit der Beerbung zusammenhängende Verhältnisse; die bisherige Literatur hat sich bloß mit zweien beschäftigt; wir werden ihnen zwei neue hinzufügen.

Erste Streitfrage. Haftung des Substituten für die Legate bei *bon. poss. contra tabulas.*

Die Streitfrage betrifft nicht die Legate, welche dem Substituten selbst auferlegt sind; diese muß der Substitut bald in höherem bald in geringrem Grade entrichten, je nachdem er durch die dem Pupillen ertheilte bonorum possessio contra tabulas mehr oder weniger als den vom Erblasser bestimmten Erbtheil erhält[1]), wie denn auch sonst die Vermehrung oder die Verminderung des dem Belasteten zukommenden Vermögens auf die Höhe der Legate von Einfluß ist.

Die Streitfrage betrifft vielmehr die dem Pupillen auferlegten Legate. Bekanntlich werden, wenn b. p. contra tabulas erbeten ist, vom Prätor nur die Legate an nah verwandte Personen, und auch diese nur bis zum Belauf des Erbtheils eines Contratabulanten aufrecht erhalten. Natürlich gilt diese Regel auch für den Pupillen, welchem die b. p. c. t. ertheilt worden ist. Allein wir wissen aus §. 42. (S. 470 f.), daß alle dem Pupillen auferlegten Legate zugleich dem Substituten[2]) auferlegt sind, weil Beide eine Personeneinheit bilden, und es entsteht demnach die Frage, ob auch dem Substituten die dem Pupillen ertheilte b. p. c. t. zu Gute kommt.

1) l. 34. §. 2. l. 35. de v. et p. s. 28, 6. l. 126. pr. de leg. I. l. 5. pr. §. 1. de leg. praest. 37, 5.

2) Denn der Substitut bleibt trotz der b. p. c. t. Erbe des Vaters, das Testament bleibt trotz der b. p. c. t. giltig, es wird nur nach den Grundsätzen der prätorischen Intestaterbfolge unde liberi insoweit berichtigt, als es das Interesse der vom Prätor als Notherben behandelten Kinder mit sich bringt. Huschke a. a. O. 7, 59.

Die ältren Römischen Juristen (Scävola in l. 103. §. 2. de leg. III. und African in l. 35. de v. et p. s. 28, 6.) leugneten es; denn die Legate waren nur durch die b. p. c. t. aufgehoben resp. ermäßigt worden, welche ein rein persönliches Privilegium der liberi des Erblassers ist; die späteren hingegen (Ulpian in l. 5. pr. de leg. pr. 37, 5) bejahten es, sie erklärten selbst den Substituten nur soweit zur Entrichtung der Legate verpflichtet, als es der Pupill war.

Die Interpretation der angeführten Leges ist in der bisherigen Literatur sehr streitig: man hat auf die verschiedenste Weise die Beseitigung der Antinomie versucht; u. E. ist dies nicht gelungen; es soll dies im Nachstehenden erwiesen werden.

Die l. 103. §. 2. de leg. III. lautet:

> Si filius ex uncia heres institutus sit, et ab eo legata data sint, habeat et substitutum, deinde commisso edicto per alium filium, accepit partis dimidiae bonorum possessionem: substitutus ejus utrum ex uncia legata praestat an vero ex semisse? Et verius est ex semisse; sed ex uncia omnibus, ex reliquis liberis et parentibus.

Es läßt sich bezweifeln, ob die Entscheidung, welche Scävola hinsichtlich der Höhe der zu entrichtenden Legate getroffen hat, streng juristisch ist, Scävola will die Legate an Eltern und Kinder bis auf die ganze dem Substituten zukommende Erbmasse[1]), die Legate an extraneae personae nur bis auf den ihm hinterlaßnen Erbtheil entrichtet wissen; hierfür giebt Huschke[2]) als Grund an, daß die legatarii extranei von der ertheilten bon. poss. c. tab. durchaus Umgang nehmen müssen; würden sie dies nicht, so würden sie gar nichts erhalten; müssen sie es aber, so können sie auch nur die Auszahlung auf Höhe der testamentarisch hinterlaßnen Portion verlangen. Gegen diese Argumentation dürfen wir wohl mit Grund einwenden, daß die ertheilte bon. poss. c. tab. die dem Substituten

1) Man beachte wohl, daß der Substitut anders als der Pupill haftet; letztrer braucht die Legate an pers. exceptae nur auf Höhe des Erbtheils eines Notherben zu entrichten.

2) a. a. O. 7, 73.

auferlegten Legate bald vergrößert bald vermindert[1]); denn je nachdem dadurch die dem Substituten zukommende Erbmasse größer oder kleiner wird, wird er in der Lage sein, die Falcidia nicht anzuziehen oder abzuziehen. Hier also berufen sich doch die Legatare auf das Testament und die ertheilte bon. poss. c. tab. zugleich. Auch halten wir ein solches Verfahren der Legatare für durchaus juristisch zulässig; denn gegenüber der Rechtsregel, daß jeder Erbe, auch der bloß zum Theil Erbe, Universalsuccessor ist, wird die Bedeutung der dem Theilerben zukommenden Erbmasse auf ein Minimum herabgedrückt; vergrößert sich dieselbe durch Umstände, die außerhalb des Testaments ihren Ursprung haben, so gilt die Vermehrung doch nur als Zusatz zur testamentarisch hinterlaßnen und nimmt deshalb deren Natur an. Deshalb läßt sich, wie gesagt, zweifeln, ob Scävola die legatarii extranei mit Recht auf das Zwölftel der Erbschaft beschränkt habe; es läßt sich andrerseits zu seiner Rechtfertigung anführen, daß die prätorische bon. poss. c. tab. ein unglückliches Zwittergebilde ist; das Civilrecht ist hier durch das prätorische nicht etwa weiter fortgebildet, nein, das prätorische ist auf das Civilrecht aufgepropft worden; das Testament ist giltig und wieder nicht giltig; der prätorische Erbe hat das Testament mit Erfolg angefochten und muß sich ihm doch wieder zum Theil unterwerfen. Wo solche Zwietracht unter den Fundamentalsätzen des Instituts besteht, kann es nicht Wunder nehmen, wenn bei einer Detailfrage, deren Entscheidung nur aus einem einheitlichen Princip heraus erfolgen könnte, Inconsequenzen zu Tage treten, — Inconsequenzen die sich sogar nicht ohne Schein und Grund rechtfertigen lassen[2]).

Allein sehen wir von der Höhe der zu entrichtenden Legate ab, das spricht Scävola unwidersprechlich aus, daß der Substitut alle dem Pupillen auferlegten Legate (wenn auch nur zum Theil) entrichten müsse. Es ist dies auch unter allen Interpreten unbestritten; nur meinen Einige, welche dem Dogma von der Einheit des Pupillen und des Substituten nicht anhängen und welche

1) Siehe die S. 478. N. 1. citirten Stellen.

2) African in l. 35. de v. et p. s. 28. 6. stimmt mit Scävola überein; vgl. unten.

deshalb einerseits den Substituten nicht als Vaterserben betrachten, andrerseits die dem Pupillen auferlegten Legate nicht als Legate des Substituten ansehen, — ich sage, Einige meinen, daß Scävola's Entscheidung unbegreiflich sei, und daß deshalb eine Conjectur vorgenommen werden müsse. Die Conjectur ist aber so gründlich ausgefallen, daß die bedeutendsten Schriftsteller sie zum Theil (Francke) oder vollständig (Huschke, Vangerow, Hoffmann und Leist [1]) verwerfen. Cujacius stellte sie auf; seiner Ansicht nach soll im Anfang von l. 103 cit. gelesen werden: si filius ex uncia heres sit, habeat et substitutum et ab eo legata data sint; durch diese Umstellung wird der Fall ein ganz andrer: Scävola handelt nunmehr von den dem Substituten auferlegten Legaten; da aber damit der Schlußsatz von sed ex uncia an nicht zu stimmen scheint, so erklärte Cujaz diesen für ein Glossem. Francke läßt wenigstens den Schlußsatz stehen, und erklärt nun, der Substitut müsse die ihm auferlegten Legate an personae exceptae aus der ganzen ihm zugekommnen Erbmasse, an extranei nur aus der Substitutionsportion entrichten [3]). Die Willkür von Cujaz bedarf keiner Widerlegung; die Francke'sche Ansicht aber ist hinlänglich durch die Stellen widerlegt, in welchen der Substitut für Auszahlung aller Legate (auch an personae non exceptae) nach Verhältniß der ganzen ihm zukommenden Erbmasse verpflichtet wird [4]). Andre Schriftsteller [5]) betonen, daß Scävola von einem

1) Von Huschke ist bereits gesagt, daß er die hier vertretne Interpretation des l. 103. lehrt; von Vangerow wird unten die Rede sein: Hoffmann (Seil's Jahrb. 1, 340 ff.) und Leist (Bon. Poss. 2, 1, 188 ff.) nehmen gleichfalls einen Widerspruch zwischen l. 103. und l. 35. resp. l. 5. an, und erklären zugleich die l. 103. für die weniger juristische.

2) Obs. lib. 3. c. 9. (t. 3. p. 69 sq.), ad Afr. tract. V. ad l. 35. de v. et p. s. (t. 1. p. 1390 sq.), und im Comm. ad l. 5. de leg. praest. (t. 8. p. 62 sq.), ad l. 103. de leg. III. (t. 10. p. 1168 sq.). Ihm folgen Papillonius de subst. pup. c. 8. (in Otto thes. 4, 150). Pothier Pand. lib. 37. l. 5. No. 27. Pfordten Abh. S. 104.

3) Notherbr. S. 162 f. Pfordten hat Francke mißverstanden; er meint, Francke beziehe den Schlußsatz auf Legate, die dem Pupillen auferlegt waren.

4) S. oben S. 478. N. 1. Vangerow a. a. O. 36, 273. N. 83.

5) Zuerst A. Faber conj. lib. 5. c. 1. Retes opusc. lib. 3. ad l. 103. de leg. 3. (bei Meermann thes. 6, 177 sq.). Carvalho de una et altera

Falle handle, wo durch die ertheilte bon. poss. contra tab. der Substitut eine größre Erbmasse erhalte, und wollen deshalb seine Entscheidung nur für diesen Fall, nicht aber für den entgegengesetzten, wo die bon. p. c. t. die Erbmasse des Substituten nicht vergrößre oder gar verringre, gelten lassen. Sie meinen, daß diese Unterscheidung sich zwar nicht nach strenger Rechtsconsequenz construiren lasse, daß sie jedoch der Billigkeit gar sehr entspreche [1]); diesen Grund können wir füglich dahin gestellt sein lassen, da er sonst leicht als Waffe gegen die Gegner gebraucht werden könnte [2]). Sie berufen sich aber ferner auf die oben citirten l. 35. von African und l. 1. §. 5. von Ulpian. Diese Leges sollen jetzt geprüft werden. Die l. 35 cit. lautet:

> Etsi contra tabulas patris petita sit a pupillo bonorum possessio, in substitutum tamen ejus actionem legati dandam esse, ita ut augeantur legata propterea, quod filius

---

quarta deducenda §. 52—60. Vangerow a. a. O. S. 269. 272 ff. Andre Interpretationen mögen hier kurz erwähnt werden. Die Glosse meint, die Legate seien wenigstens stillschweigend als vom Substituten repetirt anzusehen (gl. substitutus: a quo saltem tacite relictum intelligitur repetitum); das kommt im Resultat auf unsre Ansicht hinaus; allein theoretisch liegt doch darin eine Leugnung der Personeneinheit zwischen Pupill und Substitut; wer diese annimmt, braucht sich nicht auf die stillschweigende Repetition zu berufen. Wenn übrigens Huschke (a. a. O. 7, 68.) gegen die Glosse einwendet, es könne eine stillschweigende Repetition deshalb nicht angenommen werden, weil selbst eine ausdrückliche ungiltig wäre, so ist dieses Argument in seiner Allgemeinheit nicht richtig; nur dann nämlich ist die ausdrückliche ungiltig, wenn der Pupill das Legat entrichtet hat: quia voluntas defuncti haec est ut semel debeantur (l. 113. §. 3. de leg. I; daher gilt ja auch das repetirte Legat, dessen l. 19. §. 1. l. 113. §. 4. de leg. I. gedenkt); in unsrem Falle aber hat ja der Pupill wegen der b. p. c. t. das Legat nicht entrichtet. Der Glosse folgt neuerdings Pernice duae comm. p. 83. sq. Bartolus (ad l. 5. pr. de leg. praest. 37, 5.) schließt aus unsrer l. 103. §. 2., daß selbst der Pupill die Legate an extranei auf Höhe der testamentarischen Erbportion entrichten müsse; — diese Ansicht bedarf keiner Widerlegung.

1) So namentlich Vangerow a. a. O. S. 277; er giebt demnach Faber's Argumentation, welche von Huschke a. a. O. 7, 69. 70. widerlegt ist, auf.

2) Ginge man nach der Billigkeit, so müßte ja der Substitut auch dann die Pupillarlegate zahlen, wenn die b. p. c. t. die Erbmasse unverändert gelassen hat; und doch soll (nach der herrschenden Ansicht) l. 35. de v. et p. s. 28. 6. das Gegentheil enthalten.

extraneis non debuerit. Sic et crescere a substituto data legata, si per bonorum possessionem plus ad filium pervenisset, quemadmodum et ipse filius plus exceptis deberet. His consequens esse existimo ut, si impubes ex asse heres scriptus sit et per bonorum possessionem semis ablatus sit, substitutus in partem legati nomine exoneretur: ut quemadmodum portio, quae per bonorum possessionem accesserit, auget legata, ita et haec quae abscesserit minuat.

Nach der herrschenden Ansicht ist der Inhalt des ersten Satzes des Africanischen Fragments folgender. In Folge der bon. poss. contra tab. fallen die dem Pupillen an extranei auferlegten Vermächtnisse hinweg; dieser Wegfall muß den Legataren des Substituten zu Gute kommen, sie brauchen sich nunmehr gar keinen oder doch nur einen kleineren Quartabzug gefallen zu lassen, da auch sonst nach allgemeinen Regeln der Wegfall einzelner Vermächtnisse den Legataren nützt [1]). Nunmehr behaupten die Anhänger der herrschenden Ansicht noch, daß African „offenbar" von einem Falle handle, wo durch die b. p. c. t. die ursprüngliche Erbmasse keinen Zuwachs erhalten hat, und somit finden sie ihre Unterscheidung begründet, und jeden Widerspruch zwischen l. 35. und l. 103. §. 2. beseitigt. Dieses „offenbar" ist aber nicht motivirt; das Einzige, was man dafür anführt, ist, daß African im weitren Fortgang der Stelle zuerst von der durch die b. p. c. t. *vermehrten*, sondern von der dadurch *verminderten* Erbmasse spricht; man schließt hieraus, er habe im Anfang den dritten Fall erörtert, in welchem trotz der b. p. c. t. die Erbmasse *unverändert* geblieben sei. Allein der Gedankengang African's ist ein ganz andrer gewesen; das zeigt sich, wenn wir die Worte »propterea quod filius extraneis non debuerit« näher prüfen. Huschke [2]) nämlich hat zunächst argumento e contrario geschlossen, daß, wenn African den *Pupillen* (*filius* extraneis non debuerit) von der Entrichtung der Legate an extranei frei erklärt, er zugleich den *Substituten* hierzu verpflichtet wissen will. Sodann macht Huschke darauf aufmerksam, daß, auch wenn der

1) l. 20. l. 30. §§. 8. 9. l. 50. l. 51. l. 76. §. 1. ad leg. falc. 35, 2.
2) a. a. O. 7, 72.

Substitut die Pupillarlegate entrichten muß, dennoch alle von ihm zu zahlenden Legate eine Vergrößerung erfahren; der Pupill nämlich hat von den Legaten, welche dem extranei ausgesetzt waren, Früchte gezogen, und diese muß der Substitut auf seine Quart einrechnen, weil sie ein Erwerb sind, den er als Erbe macht. Diese Erklärung ist von allen Seiten als höchst scharfsinnig bezeichnet worden [1]); sie ist aber auch die einzig mögliche [2]); denn African behandelt nicht, wie die herrschende Ansicht behauptet, im ersten Satze bloß die Vergrößerung der Substitutenlegate, er spricht allgemein von Legaten (legati nomine) und darunter können nur beide Arten der im Testamente vorkommenden Legate, Pupillar- wie Substitutenvermächtnisse, verstanden werden: hätte die herrschende Ansicht Recht, so mußte African im zweiten Satze schreiben: sic et crescere legata, er schreibt aber: sic et crescere a *substituto data* legata. Für beide Arten von Legaten behauptet African im ersten Satz der l. 35. eine Vergrößerung dadurch, daß der Pupill von den nicht entrichteten Legaten Früchte zieht, die der Substitut auf die Quart einrechnen muß. Erst im zweiten Satz wendet sich African zu den Substitutenlegaten allein; diese werden nicht bloß durch die Früchte, sondern auch durch die Erbmasse vergrößert, welche vermöge der b. p. c. t. an den Pupillen und Substituten gelangt. Im dritten Satz endlich behandelt er wieder beide Legatsarten (daher legati nomine), indem er ausführt, daß wenn durch die b. p. c. t. die Erbmasse verringert wird, die Legate verhältnißmäßig sich mindern. Nunmehr ist auch klar, daß der Gedankengang Africans ein andrer ist, als wie ihn die herrschende Ansicht angiebt. Die im ersten Satze von l. 35. ausgesprochnen Rechtsregeln gelten für alle Fälle, mag die Erbmasse nach der b. p. c. t. vergrößert oder verringert oder unverändert geblieben sein: der Substitut haftet in allen diesen Fällen für beide Legatsarten überhaupt (in substitutum ejus actionem legati dandam esse), und in allen diesen Fällen gewinnen beide Legatsarten durch die inzwischen gezognen Früchte (ita ut augeantur legata propterea quod filius extraneis non debuerit). Was aber insbesondre die Höhe der zu entrichtenden

1) Bangerow a. a. O. 36, 275. Pernice comm. duae p. 88.

2) Die nunmehr folgende Erörterung findet sich nicht bei Huschke.

Legate betrifft, so hat die durch die b. p. c. t. herbeigeführte Vergrößerung der Erbmasse einen Einfluß bloß auf die Substitutenlegate (sic et crescere a *substituto* data legata); denn wie auch Scävola in l. 103. §. 2. de leg. III. lehrt [1]), brauchen die Pupillarlegate bloß aus der testamentarischen Erbportion entrichtet zu werden; die Verminderung der Erbmasse hingegen hat auf beide Legatsarten Einfluß (his consequens esse existimo u. s. w.[2]). Zu diesem Verständniß der l. 35. stimmt nun sehr wohl das schon oben hervorgehobne Huschke'sche arg. e contr.; aus den Worten »quod filius extraneis non debuerit« folgt, daß der Substitut die Pupillarlegate auch an extranei entrichten muß.

Die l. 35. ist also keine Stütze der gegnerischen Ansicht; sie lehrt vielmehr die Haftung des Substituten für alle Pupillarlegate, mag durch die b. p. c. t. die Erbmasse vergrößert worden sein oder nicht.

Wir wenden uns nunmehr zu Ulpians Fragment:

l. 5. pr. de praest. leg. 37, 5: Filium quis impuberem heredem scripsit eique substituit, emancipatum autem filium praeteriit; deinde uterque filius acceperunt bonorum possessionem; legata sunt etiam a substituto impuberis relicta, non tantum liberis et parentibus verum etiam extraneis; quaeritur an mortuo impubere cogatur substitutus ea praestare. Et si quidem ab impubere relicta sunt, solis liberis parentibusque praestanda sunt, sin vero a substituto impuberis, omnibus eum praestare oportet habita ratione legis falcidiae, scilicet ut partis dimidiae, quae ad eum ex bonis patris pervenit, quartam, id est totius assis sescunciam, retineat.

1) S. oben S. 479. 480.

2) Es mag noch bemerkt werden, daß Pernice (comm. duae p. 88. 89.) eine Emendation vorschlägt; statt „propterea quod filius extraneis debuerit. Sic et" will er „praeter ea quae f. e. d., et sic" lesen (wie denn die Florentina in der That „praeterea" hat), und meint, African behandle den Fall, in welchem der Pupill wegen der b. p. c. t. die Legate an exceptae personae (die ja auf alle Contratabulanten vertheilt werden) zum höheren Betrage als ohne b. p. c. t. entrichten müsse. Ich habe mich vergeblich bemüht, diesen Fall so zu construiren, daß er zu African's Worten paßt.

Mit Recht hat die gegnerische Ansicht in dieser Lex den Satz gefunden, daß der Substitut die Pupillarlegate bloß an personae exceptae zu entrichten habe, — diese deshalb, weil ja der Pupill selbst sie entrichten mußte, und sie also die Qualität von Erbschaftsschulden haben.

Die Art und Weise, wie Huschke[1]) dieses Resultat zu entkräften sucht, ist von Vangerow, auf dessen Ausführung[2]) wir verweisen, mit solchem Erfolge widerlegt worden, daß selbst ein Anhänger der Ansicht von Huschke, Pernice, dessen Argumentation aufgegeben hat. Sehr scharfsinnig ist die von letztrem aufgestellte Interpretation. Pernice urgirt, daß Ulpian im Principium und im §. 1.[3]) der Lex ex professo nur die Substitutenlegate behandeln wolle; er erwähne zwar, daß der Testator auch dem Pupillen Legate auferlegt (daher die Worte »legata sunt *etiam* a substituto« ..., und später »et si quidem ab *impubere* relicta sunt«....), er erwähne dies aber bloß, um den Gegensatz zwischen Pupillar- und Substitutenlegaten zu ziehen; es hätte Jemand daraus, daß der Pupill bloß zur Entrichtung der Legate an Eltern und Kinder verpflichtet war, das Gleiche für den Substituten hinsichtlich der ihm auferlegten Legate schließen können; dies verneint Ulpian; über die Haftpflicht des Substituten für die Pupillarlegate lasse er sich gar nicht aus; selbst im §. 1. behandle er nur die Substitutenlegate. Indeß auch dieser Auslegung können wir nicht beitreten. Nur ein geringes Gewicht wollen wir darauf legen, daß der Schluß vom Pupillen auf den Substituten (deutlicher: weil der Pupill seine Legate bloß an Eltern und Kinder zu entrichten brauche, so sei auch der Substitut hinsichtlich seiner Legate zu nichts mehr verpflichtet) kaum gezogen werden darf; der Pupill erhält die Erbschaft vom Prätor, und ist demnach zur Entrichtung von Legaten überhaupt nicht verpflichtet; nur wegen seines nahen

1) a. a. O. 7, 65 f.

2) a. a. O. 36, 270 f.

3) Derselbe lautet: Quodsi impubes ex uncia duntaxat institutus heres fuerit, magis est, semissem usque legata praestiturum habita ratione legis falcidiae; licet enim ex uncia fuerit institutus, tamen. quod accessit. angebit legata a substituto relicta.

verwandtschaftlichen Verhältnisses zu personae exceptae statuirt der Prätor eine beschränkte Ausnahme; der Substitut hingegen erhält die Erbschaft zufolge Testaments; er muß demnach die Legate sämmtlich entrichten, und jedenfalls darf er zwischen personae exceptae und non exceptae keinen Unterschied machen, da er zu erstren, welche bloß mit dem Pupillen verwandt sind, in keinem besondren Verhältniß steht. Doch wollen wir, wie gesagt, hierauf kein großes Gewicht legen. Um so mehr betonen wir die Worte Ulpians. Ulpian soll der Pupillarlegate bloß deshalb gedacht haben, um sodann den Gegensatz zu den Substitutenlegaten zu ziehen: allein dann durfte Ulpian ihrer bloß in seiner Argumentation, nicht aber bei der Aufstellung des Rechtsfalles gedenken; mit andren Worten: Pernice zeigt zwar, weshalb Ulpian die Worte: et si quidem ab impubere relicta sunt, solis liberis parentibusque praestanda sunt, nicht aber weshalb er legata sunt *etiam* a substituto relicta geschrieben; dieses etiam wird nach der Pernice'schen Auslegung rein überflüßig. Aber auch im §. 1, den Pernice als Unterstützungsgrund dafür anführt, daß Ulpian bloß von Substitutslegaten spricht, erscheint der zweite Satz (licet enim-relicta) als eine bloße Wiederholung des erstren (quodsi impubes-falcidiae), wenn man Pernice folgt. Unsrer Ansicht nach ist der Inhalt des §. 1. vielmehr folgender. Im Principium hatte Ulpian von beiden Legatarten gehandelt für den Fall, daß durch die b. p. c. t. die Erbmasse verringert wurde; von beiden handelt er sodann im §. 1. für den entgegengesetzten Fall, wo die b. p. c. t. die Erbmasse vergrößert; Ulpian stellt hier das Princip auf, daß die Legate mit der Erbmasse wachsen (quodsi-falcidiae); dasselbe ist in seiner Allgemeinheit unrichtig, da es nur für die Substitutenlegate gilt; Ulpian corrigirt sich also selbst sofort, indem er hinzufügt: das Princip gilt bloß für die Substitutenlegate (licet enim-relicta), denn (müssen wir hinzudenken) die Pupillarlegate gehen ja, abgesehen von denen an personae exceptae, überhaupt nicht auf den Substituten über.

Unsres Erachtens ist der Widerspruch zwischen l. 103. §. 2. de leg. III. und l. 35. de v. et p. s. einerseits und l. 5. pr. de leg. praest. andrerseits unauflöslich. Man weiß es sonst — und

mit Recht — keinem Schriftsteller Dank, daß er eine Antinomie unter den einzelnen Leges annimmt; es scheint ein solches Verfahren eine Bequemlichkeit des Argumentirens vorauszusetzen und eine Gefahr für die Wissenschaft zur Folge zu haben. Wo aber Voraussetzung und Folge wegfallen, muß wohl auch der Vorwurf aufgegeben werden. In diesem Falle glauben wir uns zu befinden. Wie aber die Differenz zu erklären, und auf welches Princip sie zurückzuführen sei, davon wird später gehandelt werden.

Zweite Streitfrage. Haftung des Substituten für die väterlichen Schulden, wenn der Pupill abstinirt hat.

Bekannt ist der Dissens zwischen Julian einerseits und Marcell und Ulpian andrerseits darüber ob, wenn der Pupill sich von der väterlichen Erbschaft ferngehalten habe, der Substitut die väterlichen Schulden, und (können wir wohl hinzufügen, trotzdem die Quellen dies übergehen) die Pupillarlegate entrichten müsse. Julian bejahte dies, Marcell und Ulpian verneinten es[1]); zwar geben letztre als Motiv ihrer Ansicht bloß die utilitas pupilli an:

> impugnat enim utilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem, metu enim onerum timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit,

allein daraus dürfen wir nicht schließen, daß jene Juristen ihre

1) l. 42. pr. de acq. her. 29, 2. Ob von dieser Ler die l. 28. de reb. auct. jud. 42, 5. (von Javolen) abweicht, ist noch heutzutage bestritten; denn Mühlenbruch (Glücks Comm. 40, 419) behauptet, gestützt auf die Worte der l. 28 cit.: postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati, Javolen, der Vorgänger Julians in derselben Schule, differire von Julian und harmonire mit Marcell. Aber jene Worte sind unzweifelhaft ein Glossem; denn „die Basiliken wissen noch nichts von diesem Zusatz, er steht mit dem in der Anfrage vorgelegten, in der Antwort ausdrücklich so aufgenommnen Falle in Widerspruch und die ganze Argumentation wird dadurch überflüssig, ja unpassend; denn das ist nie Jemanden eingefallen zu bezweifeln, daß wenn der Pupill selbst die väterlichen Lasten übernommen hat, der Erbe desselben gleichfalls dazu verpflichtet sei". (So Huschke a. a. O. 7, 100. N. 14. Faber conj. lib. 2. c. 2. Pothier Pand. just. 29, 2. No. 49. Vangerow Pand. §. 454.). — Unzulässig ist deshalb auch der Versuch früherer Schriftsteller, in dem Satz der l. 28. „idem in substituto filio herede servandum non est" das non zu streichen; die hierher gehörigen Schriftsteller s. bei Schulting ad l. 28 tom. 6. p. 498 sqq.

Entscheidung bloß auf die Billigkeit gegründet wissen wollten; diese Billigkeit war nur der practische Grund; hätten sich Marcell und Ulpian mit diesem begnügt, so würden sie ihre Ansicht z. B. dann nicht haben motiviren können, wenn der Pupill Intestaterben hatte; es muß also noch ein theoretischer Grund für jene Juristen bestimmend gewesen sein, welchem sie Raum gaben, während Julian ihn nicht in Rücksicht ziehen wollte und sich lediglich daran hielt, daß der Substitut Vaterserbe sei. Huschke[1]) bestimmt diesen Grund folgendermaßen. Marcell meine, daß nach den Grundsätzen über Pupillarsubstitution der Substitut des abstinirenden Pupillen die väterlichen Schulden bezahlen müsse; ein andres Resultat aber ergebe sich aus den Grundsätzen über die Abstention; indem nämlich der Prätor durch das ius abstinendi die Persönlichkeit des Pupillen schütze, schütze er sie in ihrem vollen Umfange, d. h. auch insofern der Pupill als homo sui juris selbst einen Erben haben kann; dieses Recht aber werde verkümmert, wenn der Substitut die väterlichen Schulden bezahlen solle, da dieser leicht die Erbschaft ablehnen werde. Wir vermögen dem nicht beizustimmen; denn hätte der Prätor den abstinirenden Pupillen durchweg als homo sui juris betrachtet, so hätte er zugleich die Pupillarsubstitution selbst für ungiltig erklären müssen. Welches der wahre Grund der Streitfrage gewesen ist, werden wir später erörtern.

Dritte Streitfrage. Capacität der Substituten.

Die hierher gehörige l. 6. de v. et p. s. 28, 6. lautet:

Terentius Clemens l. 4. ad l. Jul. et Pap. Si is qui ex bonis testatoris solidum capere non possit, substitutus sit ab eo impuberi filio ejus. solidum ex ea causa capiat, quasi a pupillo capiat. Sed hoc ita interpretari Julianus noster videtur, ut ex bonis quae testatoris fuerant amplius capere non possit; quodsi pupillo aliquid praeterea acquisitum esset, aut si exheredato esset substitutus[2]), non impediri cum capere, quasi a pupillo capiat.

1) a. a. O. 7, 102. 103.

2) D. h. weder der Pupill noch der Substitut, sondern ein Dritter war instituirt, der die väterliche Erbschaft erworben hatte, so daß im Nachlaß des Pupillen sich gar kein väterliches Vermögen vorfindet.

Der casus Vivianus meint (und ihm ist Mühlenbruch [1]) beigetreten), daß Julians Ansicht das geltende Recht enthalte; indeß lehren die Worte der Lex klar, daß Terentius Clemens die Julianische Ansicht corrigiren will; hatte der Substitut dem Testator gegenüber nicht das Recht, das Ganze zu erwerben (z. B. es war die Ehefrau substituirt, auf welche die leges decimariae Anwendung fanden [2]), so konnte er nach Terentius Clemens nach dem Tode des Pupillen dennoch Alles erwerben »quasi a pupillo capiat«, während nach Julian die Erbschaft des Vaters und des Pupillen getrennt gehalten werden sollten. — Wir kommen später auf den Grund der Differenz zurück. —

Vierte Streitfrage. Das Recht des Substituten auf die Quart.

Eine Streitfrage unter den Römischen Juristen, von welcher in der bisherigen Literatur nicht die Rede ist, ergiebt sich aus l. 87. §. 4. ad l. falc. 35, 2:

> Julianus: Qui filium suum impuberem et Titium aequis partibus heredes instituerat, a filio totum semissem legaverat, a Titio nihil, et Titium filio substituerat; quaesitum est, quum Titius ex institutione adiisset, et impubere filio mortuo, ex substitutione heres exstitisset, quantum legatorum nomine praestare deberet. Et placuit, solida legata eum praestare debere, nam confusi duo semisses efficerent, ut circa legem falcidiam totius assis ratio haberetur, et solida legata praestarentur. Sed hoc ita verum est, si filius, antequam patri heres existeret, decessisset. Si vero patri heres fuit, non ampliora legata debet substitutus, quam quibus pupillus obligatus fuerat, quia non suo nomine obligatur sed defuncti pupilli, qui nihil amplius quam semissis dodrantem praestare necesse habuit.

Schon oben (S. 471 f.) ist von dieser Lex die Rede gewesen; dort handelte es sich darum, den Grund aufzufinden, weshalb der Sub-

1) In Glücks Comm. 40, 313; doch scheint er ebend. S. 409. eine andre Ansicht vorzutragen.

2) Ulp. fr. tit. 15. 16.

stitut die Legate, welche dem Pupillen namentlich auferlegt sind, vollständig tragen müsse, wenn der Pupill *vor* dem Vater gestorben ist. Hier wenden wir uns zu dem zweiten Falle, in welchem vorausgesetzt wird, daß der Pupill erst *nach* dem Vater gestorben, also Erbe geworden ist.

Dieser zweite Fall ist der eigentlich zur Entscheidung vorgelegte; Julian führt, bevor er seine eigne Ansicht abgiebt, die Meinung früherer Juristen an:

> et placuit, solida legata eum praestare debere,

denn daß mit den Worten »et placuit« vorjulianische Ansichten bezeichnet werden, ist ohne Zweifel; Julian selbst fügt hinzu, diese frühere Ansicht setze eine Zusammenrechnung der beiden Portionen und ihrer Legate voraus:

> nam confusi duo semisses efficerent, ut circa legem falcidiam totius assis ratio haberetur, et solida legata praestarentur [1]).

Allein, fährt er fort, dies ist nur dann richtig, wenn der Pupill vor dem Vater verstorben ist, nicht aber, wenn er ihn überlebt hat; vielmehr zieht dann der Substitut die Quart ebenso wie der Pupill ab. Diese Julianische Ansicht ist später die maßgebende geblieben; dies ergiebt sich aus l. 11. §. 7. ad l. falc. 35, 2:

> Papin.: Quaesitum est, si quis pupillo coheredem substituisset, quemadmodum legis falcidiae ratio inquiri debeat, et quale sit, quod vulgo diceretur, legatorum rationem separandam? Dixi, quantum ad legata, quae pater a filio, item a substituto reliquit, nullam fieri posse separationem, quum communi calculo subjiciantur, et invicem inducant contributionem. Sed legata quae ab instituto extero data sunt, permisceri ceteris non oportere, ideoque quartam pupillo datae portionis habere substitutum, quamvis suam portionem habeat ut institutus; et aliam causam esse ejus, qui ex variis portionibus heres scriberetur; ibi enim le-

1) Die hypothetische Redeweise „efficerent, haberetur, praestarentur" beweist, daß Julian von dem Standpunkte der ältren Juristen aus schließt; Huschke, welcher dies übersah, mußte an der hypothetischen Form Anstoß nehmen (a. a. O. 7, 196).

gatorum confundi rationem non minus, quam si semel fuisset nuncupatus ex ea portione, quae conficeretur ex pluribus . . .

Papinian behandelt zuerst die Legate, die dem Pupillen und dem Miterben in seiner Eigenschaft als Substitut auferlegt sind, sodann diejenigen Legate, die dem Pupillen und dem Miterben in seiner Eigenschaft als Institutus auferlegt worden sind; jene werden zusammengeworfen, diese getrennt gehalten; es darf also in letztrem Falle der Substitut von der Portion des Pupillen die Quart ebenso abziehen, wie es der Pupill selbst dürfte. Dem steht auch nicht entgegen die l. 14. §. 2. ad l. falc. 35, 2:

Papin.: Duobus impuberibus substitutum, utrique heredem existentem, in alterius falcidia uti non convenit, si de bonis alterius impuberis quartam hereditatis patris, quae ad filios pervenerit, retineat.

Nimmt man an, daß die übermäßig ausgesetzten Legate einem der Pupillen auferlegt sind, so ergiebt sich freilich der Schluß, daß der Substitut die Quart nicht abziehen dürfe, trotzdem der Pupill dazu befugt war; dann würde Papinian in diesem Fragment der ältren Ansicht beipflichten, die Julian in l. 87. §. 4 cit. verwirft, und wonach die Pupillenlegatare durch den Eintritt des Substituten (möglicherweise) gewinnen, selbst wenn der Pupill Erbe des Vaters geworden ist. Allein es ist nach den Worten der Lex durchaus zulässig, solche Legate vorauszusetzen, welche dem Substituten auferlegt sind[1]); dann tritt Papinian nicht mit seiner Entscheidung in l. 11. §. 7 cit. in Widerspruch. Die ältren Juristen freilich hätten u. E. den Substituten auch dann nicht zum Abzug der Quart ver-

1) Diese Ansicht ist nach dem Vorgang von Voorda (comm. ad l. falc. c. 11. §. 11.) und Hoffmann (Seffs Jahrb. 1, 357 f.), von Vangerow im Arch. f. civ. Pr. 37, 371 f. vertheidigt, und später von Vering Erbr. S. 752. angenommen worden. Die herrschende Meinung ist dagegen; s. die Glosse, Goveanus (comm. ad l. falc. zu l. 14. §. 2. cit.), Cujac l. 9. qu. papin. (op. 4, 1220 sq.), Carvalho (de una et alt. qu. ded. pars 3. §. 97 sq. (p. 178 sq.), Papill. de subst. pup. c. 8. (Otto thes. i, 746), Pothier pand. Just. l. 35. t. 2. No. 70, Bernstorff de rat. l. falc. §. 38. (p. 147), Huschke in Zsch. f. Civ. u. Pr. N. F. 7, 219 ff., Pfordten Abh. S. 89 ff., Hermann in Zschr. f. Civ. u. Pr. N. F. 8, 419. 429 f

stattet, wenn die Legate einem der Pupillen auferlegt gewesen wären. Worin liegt nun der Grund des Dissenses? Hiervon soll jetzt die Rede sein.

Vier Streitfragen unter den Römischen Juristen sind uns begegnet. Lassen sie sich auf einen und denselben Grundsatz zurückführen, der erst der spätren classischen Jurisprudenz angehört? Und wenn dies der Fall, ist der neue Grundsatz dem früher geltenden vorzuziehen?

Beide Fragen sind u. E. zu bejahen.

1) Zunächst soll der neue Grundsatz aufgefunden werden. Betrachtet man die zwei ersten Streitfragen, so handelt es sich bei ihnen um persönliche Privilegien. Der Pupill hat (Streitfrage 1.) das Recht, nach Erbetung der bon. poss. contra tab. sich von den Legaten an Nichtverwandte zu befreien; er hat dieses Recht deshalb, weil ihm das Erbrecht vom Prätor gewährt, das Testament also (wenigstens factisch) aufgehoben wird; der Substitut kann sein Erbrecht nur auf das Testament stützen, folglich (so scheint es) muß er sämmtliche Legate, auch die dem Pupillen an personae extraneae auferlegten, entrichten, denn er ist Vaterserbe, und die Pupillarlegate sind auch ihm auferlegt. — Ferner: der Pupill hat (Streitfrage 2.) das benef. abstinendi wegen seiner Eigenschaft als suus heres vom Prätor empfangen, und braucht die väterlichen Schulden nicht zu bezahlen; der Substitut hat keinen Anspruch auf das Beneficium, und muß demgemäß (so scheint es), weil er Vaterserbe ist, die väterlichen Gläubiger befriedigen. Dies war auch die Ansicht der ältren Römischen Juristen; die Spätren waren andrer Ansicht; sie meinten, der Substitut brauche die Legate, welche dem Pupillen an extraneae personae auferlegt sind, nicht zu entrichten, wenn dem Pupillen die bon. poss. contra tab. ertheilt war, und er brauche nicht die väterlichen Schulden zu bezahlen, wenn der Pupill vom benef. abstin. Gebrauch gemacht hatte. Fast ist man versucht, zu glauben, daß die Spätren dem Substituten selbst die persönlichen Privilegien des Pupillen zu Gute kommen lassen wollten. Anscheinend könnte man sich hierfür auf einen Grundsatz berufen, der bereits in der Lehre von der Gesammtservitut erörtert worden ist; ist nämlich das herrschende Grundstück im Miteigenthum eines

Pupillen und eines Mündigen, so bleibt trotz Nonusus wegen des Privilegium des Pupillen die Servitut für Beide bestehen[1]). Allein diese Berufung ist unzulässig; der Grund nämlich, weshalb die Servitut auch für den Miteigenthümer des Pupillen bestehen bleibt, liegt darin, daß die Sonderservitut des Pupillen wegen seines Privilegium fortdauert, diese Sonderservitut aber das ganze Grundstück ergreift, und sonach auf die Sonderservitut des Miteigenthümers zurückwirkt, und sie aufrecht erhält; wo das Grundstück nach der Servitutbestellung nicht intellectuell, sondern reell getheilt wird, ist das Privilegium des einen Theileigenthümers ohne Nutzen für den Eigenthümer des andren Theilgrundstücks. So auch läßt sich kein Grund auffinden, weshalb die Privilegien des Pupillen dem Substituten zu Gute kommen müßten.

Aehnlich verhält es sich bei der dritten Streitfrage. Hier handelt es sich zwar nicht um ein persönliches Privilegium, aber doch um die persönliche Eigenschaft der Erwerbsfähigkeit. Nach Ansicht der Aeltren (Julians) schadet es dem Substituten, wenn er gegenüber dem Vater incapax ist, er erhält nur das, was der Pupill nach dem Tode des Vaters hinzuerworben hat; und dies erscheint wiederum als das allein Richtige, weil ja der Substitut Väterserbe ist; die Neueren hingegen (Terentius Clemens) lassen sich daran genügen, daß er gegenüber dem Pupillen capiren darf; gegenüber dem Pupillen muß er freilich fähig sein, weil er sonst nicht die Pupillarerbschaft, also auch nicht die väterliche erwerben könnte. Auch hier scheint kein Grund vorhanden zu sein, die Erwerbsfähigkeit des Pupillen dem Substituten zu Gute kommen zu lassen; denn es handelt sich um persönliche Eigenschaften.

Bei der vierten Streitfrage handelt es sich nicht um persönliche Privilegien und Eigenschaften des Pupillen, aber doch um Rechte des Pupillen. Es sind ihm Legate über das gesetzliche Maß auferlegt worden, während sein Miterbe, der Substitut, unbeschwert geblieben ist; die Aeltren lehrten, daß der Substitut, da er Väterserbe ist, auch alle Pupillarlegate tragen, und also beide Portionen zusammengeworfen werden müssen; Julian[2]) und Papinian hingegen

1) Oben Abschn. 4. §. 9. S. 145. §. 12. S. 156 f.

2) Also behaupten wir, daß Julian, der doch bei der zweiten und dritten

ließen den Substituten, wie den Pupillen, die Quart abziehen, und schrieben getrennte Berechnung der Falcidia vor.

Soll man nun, wie jetzt die herrschende Ansicht ist, behaupten, daß die Spätren den Substituten lediglich als Erben des Pupillen, und nicht des Vaters gelten lassen? Gewiß nicht, denn dann wäre zwar ein Grund der Streitfragen angegeben, zugleich aber bliebe unerklärt, weshalb die Unzahl der in §. 42. erörterten Rechtssätze, die doch nur aus der Stellung des Substituten als Vaterserben folgen, bis in das späteste Recht beibehalten wurden, und ferner bliebe unerklärt, wie noch Paulus den Substituten in l. 46. de v. et p. s. 28, 6. ausdrücklich einen Vaterserben nennen dürfte; ja, durch l. 87. §. 4. ad l. falc. 35, 2. wird die Unzulässigkeit jener Annahme noch augenfälliger; Julian erklärt sich hier nämlich dafür, daß, wenn der Pupill vor dem Vater stirbt, der Substitut dessen Legate tragen müsse; da aber zu seiner Zeit das Rescript von Sever und Caracalla (oben S. 471. N. 2) noch nicht ergangen war, so läßt sich seine Ansicht nur durch die Personeneinheit zwischen dem Pupillen und Substituten begründen, d. h. dadurch, daß der Substitut in seiner Eigenschaft als Substitut Vaterserbe ist; wie wäre es möglich, daß, da Julian sich hierauf zu dem Falle wendet, wenn

---

Streitfrage mit den Aeltren, bei der vierten aber mit den Neueren geht, seine Ansicht über die rechtliche Stellung des Pupillarsubstitnten später geändert habe. Das stimmt mit der Zeitfolge seiner Schriften überein; seine ältere Ansicht stammt, wie in l. 42. de acq. her. 29, 2. mitgetheilt wird, aus dem 26. Buch seiner Digesten; seine neuere Ansicht, welche er in l. 87. ad leg. falc. vorträgt, ist dem 61. Buch seiner Digesten entnommen. — Etwas Aehnliches können wir von Scävola und Ulpian referiren; über die Frage, welchem von zwei Nießbrauchern eines servus fructuarius erworben wird, wenn der Sclave ex re alterius erwirbt, trägt Scävola im 2. Buch seiner Quästionen eine andre Ansicht vor als im 13. Buch (l. 25. §. 6. de usufr. 7, 1. l. 19. de stip. serv. 45, 3); Ulpian nun kannte zuerst bloß die ältere Ansicht Scävola's und schloß sich ihr in l. 25. §. 6. de usufr. 7, 1, welche dem 18. Buch seines Commentars zu Sabinus entnommen ist, an; später lernte er die zweite Ansicht Scävola's in dessen 13. Buch der Quästionen kennen, und nun berichtet er im 43. Buch seines Commentars zu Sabinus (aus welchem l. 23. §. 3. de acq. dom. 41, 1. entnommen ist), daß Scävola seine Ansicht geändert, und — er selbst mit ihm. (Uebrigens ist l. 23. §. 3. de acq. dom. zum Theil corrumpirt; vgl. Cujaz obs. 4. c. 1).

der Pupill nach dem Vater verstorben ist, er dem Substituten die Eigenschaft eines Vaterserben absprechen sollte!

Man muß also anders argumentiren. Alle jene Streitfragen hingen mit der Person des Pupillen zusammen, theils mit persönlichen Privilegien (Streitfrage 1. 2.), theils mit persönlichen Eigenschaften (Streitfrage 3.), theils mit persönlichen Rechten (Streitfrage 4). Alle erbschaftlichen Rechtsverhältnisse gewinnen zwar sofort mit dem Tode des Vaters nicht bloß in der Person des Pupillen, sondern auch in der des Substituten Consistenz; allein die Ausübung der Rechtsverhältnisse ist der Zeit nach getheilt: factisch steht, so lang der Pupill lebt, dieser allein in jenen Rechtsverhältnissen, und erst nach seinem Tode beginnen sie für den Substituten Wirkungen zu äußern. Diese factische Theilung ist nicht etwa eine Folge davon, daß der Substitut bei Lebzeiten bloß bedingter[1]) Erbe ist, und in der Bedingung seiner Berufung eine Zeitbestimmung liegt; so sehr dies auch bei anderen Rechtsverhältnissen der Fall ist[2]): beim Substituten enthält die bedingte Berechtigung keinen Dies, weil, wie früher gezeigt wurde, sein Erbantritt auf den Todestag des Vaters retrotrahirt wird. Vielmehr hat die factische Theilung in dem Willen des Erblassers seinen Grund; er ist dahin gerichtet, daß der Pupill, so lange er lebt, die Verwaltung habe, daß der Pupill zunächst die erbschaftlichen Rechte ausübe und den erbschaftlichen Verbindlichkeiten genüge; nach seinem Tode erst solle Beides auf den Substituten übergehen. Natürlich ändert sich der Bestand der Erbschaft bei Lebzeiten des Pupillen: sein Tutor schließt Geschäfte ab, die Landgüter tragen Früchte, es werden die Früchte consumirt, es gehen Sachen unter. Das Alles muß der Substitut einerseits anerkennen, andrerseits wird er daraus berechtigt; denn der Pupill ist ja ebenso berechtigt wie er (der Substitut) selbst, und außerdem steht ihm, so lang er lebt, die Verwaltung der Erbschaft zu. Wie nun aber, wenn die Aenderung

1) Nämlich unter der Bedingung: si pupillus intra pubertatem decesserit.

2) Windscheid, Pandecten §. 91. Bangerow Pand. 7. Aufl. 1, 144. (6. Aufl. 1. 166).

der erbschaftlichen Verhältnisse in persönlichen Beneficien (Streitfrage 1. 2), persönlichen Eigenschaften (Streitfrage 3), persönlichen Rechten des Pupillen (Streitfrage 4) ihren Grund hat? Soll auch hier das, was unter der Herrschaft des Pupillen geändert worden ist, dem Substituten zu Gute kommen?

Das ist der Grund aller Streitfragen, welche wir oben behandelt haben. Die Meinung der Spätren geht nicht etwa dahin, daß die persönlichen Privilegien u. s. w. des Pupillen auf den Substituten übertragen werden sollen; sie lehren nur, daß alle Aenderungen in den erbschaftlichen Verhältnissen, gleichviel ob sie in dem Verwaltungsrecht des Pupillen oder in dessen persönlichen Privilegien u. s. w. ihren Grund haben, für den Substituten rechtsbeständig sind; sie lehren, daß der Substitut die väterliche Erbschaft in dem Zustande übernimmt, in welchem sie der Pupill zurückgelassen hat. Die Aeltren hingegen wollten nur diejenigen Aenderungen für den Substituten maßgebend sein lassen, welche aus dem Verwaltungsrecht des Pupillen hervorgehen.

Wir können uns hiefür noch auf ein anderes Fragment berufen l. 19. pr. de leg. I (Ulp.): Legata inutiliter data Papinianus putat confirmari per repetitionem. id est per hanc scripturam postea forte in codicillis factam: hoc amplius ei heres meus dato. . . . §. 1. Idem eodem loco et in substituto impuberis scripsit, ut, si fuerit ab impubere inutiliter legatum, substitutus hoc debeat. si hoc amplius legatum ab eo sit relictum aliquid, nec ille patri heres extiterit et decesserit. Hiernach gilt die Repetition des dem Pupillen ungiltig auferlegten Legats nur dann, wenn der Pupill nicht Erbe geworden ist; arg. a contr. folgt, daß sie nicht gilt, wenn der Pupill Erbe geworden, aber in der Unmündigkeit gestorben ist. Die Bestimmung ist so auffallend, daß Haloander eine Conjectur vorgenommen hat; statt der Schlußworte »et decesserit« schreibt er »aut impubes decesserit«, und spricht damit seine Meinung aus, daß die Repetition auch dann gelte, wenn der Pupill als Unmündiger sterbe, d. h. überhaupt wenn der Substitut Erbe werde. Allein die Conjectur wird durch keine Handschrift gerechtfertigt, und wenn man unsrer obigen Ausführung zustimmt, so ist sie unzulässig. Das Legat ist

unter der Herrschaft des Pupillen ungiltig gewesen; deshalb kann es nicht giltig werden, wenn der Substitut nach seinem Ableben eintritt[1]); anders, wenn der Pupill überhaupt nicht Erbe wird, sondern vor dem Vater stirbt; hier gilt die Repetition. Wir zweifeln aber nicht, daß die ältren Römischen Juristen der Haloandrischen Ansicht gehuldigt haben; zur Zeit Papinians und Ulpians jedoch, von denen l. 19. cit. herrührt, ist die ältere Ansicht überwunden.

Man wird dieser Ausführung vielleicht die Regel: in patris et filii testamento una falcidia servatur entgegenstellen; man wird sagen, daß nach unsrer Ausführung das dem Pupillen auferlegte Legat, welches dieser, weil es ohne Verletzung seiner Quart gegeben ist, voll auszahlen mußte, nach neuerem Recht nicht mehr einem Abzug durch den Substituten unterworfen werden könne, auch wenn diesem neue Legate über die gesetzlich zulässige Höhe auferlegt sind[2]); denn der Substitut überkomme die väterliche Erbschaft, wie sie ihm der Pupill hinterlassen. Allein man übersieht dann, daß die dem Substituten auferlegten Legate auch dem Pupillen (sub conditione) auferlegt sind, sie gelten »quasi primis tabulis a *suo herede* sub alia conditione relicta (l. 79. ad l. falc. 35, 2, oben S. 468 f.); die Pupillenlegate waren also schon bei Lebzeiten des Pupillen, wenn auch bedingt, dem Abzuge unterworfen, die Bedingung ist durch den Eintritt des Substituten, mit welchem neue Legate auszuzahlen sind, erfüllt, und der Abzug findet nunmehr statt.

2) Jetzt können wir uns zu der zweiten aufgeworfenen Frage wenden, ob nämlich der von den spätren Juristen aufgestellte Rechtssatz vorzuziehen sei.

1) Anders wenn ein dem Pupill bedingt auferlegtes Legat vom Substituten repetirt ist, und die Bedingung deficirt (l. 81. §. 7. l. 113. §. 4. de leg. I); hier handelt es sich nicht um ein ungiltiges Legat, vielmehr ist, weil die Bedingung deficirt ist, vom Pupillen überhaupt nicht legirt, und die Repetion gilt.

2) Es hat übrigens Schriftsteller gegeben, welche dies als geltendes Recht behaupteten, und zwar schon unter den Glossatoren (s. Gl. debeat und secundum quae zu l. 11. §. 5. ad leg. falc. 35, 2); sie meinten, nach jener Regel dürfe der Substituten nur von den ihm (nicht von den dem Pupillen) auferlegten Legaten soviel abziehen, daß ihm die Quart bleibe; es ist indeß diese Ansicht unzweifelhaft unrichtig; vgl. z. B. l. 80. pr. ad l. falc. 35, 2 (itaque ex *utraque* quantitate quarta deducta habebit quinquaginta), l. 10. § 1. 2. si cui plus 35, 3, Vangerow im Arch. f. civ. Pr. 36, 336. 339 ff.

Der Rechtszustand des ältren Rechts ist folgender: gleichviel ob der Pupill den Vater überlebt hat oder nicht, so kann der Substitut niemals von dem benef. abstin. und der bon. poss. contra tab., welche dem Pupillen ertheilt wurden, Gebrauch machen; er kann nur soweit capiren, als er dem Vater gegenüber berechtigt ist; er kann die Quart nicht abziehen, wenngleich sie der Pupill abziehen dürfte; er muß das Legat tragen, das dem Pupillen ungiltig auferlegt war, aber von ihm repetirt ist. — Nach dem spätren Recht hingegen findet Alles dies nur dann Statt, wenn der Pupill bei Lebzeiten des Vaters verstarb; ist er hingegen dessen Erbe geworden, so überkommt der Substitut den väterlichen Nachlaß in dem Zustande, wie ihn der Pupill hinterlassen hat.

U. E. ist der neueren Ansicht der Vorzug zu geben; es liegt in ihr eine tiefre Erkenntniß der mit dem Gesammtrecht verbundnen Sonderberechtigungen.

Sonderberechtigungen finden (mit Ausnahme der dos communis patri et filiae) bei jedem Gesammtrechtsverhältniß Statt; nur sind sie in der Regel der Art, daß sie nicht bloß juristisch neben einander bestehen, sondern auch nebeneinander geltend gemacht werden können; jeder Gesammtservitutberechtigte darf vermöge seiner Sonderservitut die Servitut ausüben und einklagen, jeder Correalgläubiger darf vermöge seiner Sonderobligation die Zahlung in Empfang nehmen, noviren, acceptiliren, cediren, die Klage anstellen. Macht er von diesem Rechte Gebrauch, so geschieht je nach der Natur des Rechtsverhältnisses resp. nach dem Inhalt des vorgenommen Acts eine Rückwirkung auf die übrigen Sonderrechte. Einen Fall haben wir jedoch bereits kennen gelernt, wo die Sonderberechtigungen nicht neben, sondern hinter einander ausgeübt werden dürfen; das ist die Obligation, die der servus fructuarius contrahirt, indem er sich auf unbestimmte Zeit vermiethet[1]); hier darf die Obligation vom Fructuar nicht über die Zeit des Nießbrauchs hinaus ausgeübt werden, eine Pränumeration des Miethgeldes an den Fructuar braucht der Eigenthümer, wenn der Nießbrauch im Laufe des Miethcontracts aufhört, nicht anzuerkennen. Sonderberechtigungen, welche nur

1) Oben Abschn. 6. Cap. 2. §. 36.

hintereinander ausgeübt werden dürfen, liegen auch in der Pupillarsubstitution; der Pupill vertritt, so lange er lebt, die Erbschaft allein, erst nach seinem Tode erlangt der Substitut die factische Stellung als Erbe. Allein es liegt in der Natur des vorliegenden Rechtsverhältnisses, daß die Aenderungen, welche die Erbschaft bei Lebzeiten des Pupillen erlangt, nicht ihrer Dauer nach auf dessen Lebzeit beschränkt sein dürfen, sondern über seinen Tod hinaus wirksam sein müssen; wer hätte mit ihm ein Geschäft abgeschlossen, welches möglicherweise bloß eine kurze Weile Bestand hatte? Dies erkannten auch die ältren Juristen an, nur meinten sie, daß aus Aenderungen, die mit der Person des Pupillen zusammenhängen, der Substitut keinen Vortheil ziehen dürfe. Darin liegt aber ein, wenn auch verzeihlicher, Irrthum. Darf der Pupill überhaupt Aenderungen vornehmen, so ist der Grund, aus welchem sie originiren, gleichgiltig; die Thatsache, daß die Aenderung überhaupt eingetreten ist, ist allein maßgebend; aus der Natur des Rechtsverhältnisses ergiebt sich also, daß die Sonderberechtigung des Pupillen überall auf die des Substituten zurückwirken muß; letzterer übernimmt die väterliche Erbschaft in dem Zustande, wie sie der Pupill zurückgelassen hat. — —

Hiernach glauben wir gezeigt zu haben, daß auch noch bei Abschluß der classischen Jurisprudenz der Substitut Erbe des Vaters ist, ferner daß er vom Augenblick des Todes des Vaters Erbe ist, endlich daß er es mit dem Pupillen zusammen als Einheit ist [1]).

Ist dies der Fall, so findet das Gesammtrechtsverhältniß, und neben ihm die Sonderrechtsverhältnisse an den einzelnen zur väterlichen Erbschaft gehörigen Rechten und Verbindlichkeiten Statt.

Es giebt also ein Gesammteigenthum; neben demselben aber ein Sondereigenthum des Pupillen und Substituten, und hierdurch unterscheidet sich dieser Fall von dem Gesammteigenthum der dos communis [2]).

Es giebt ferner Gesammtservituten, und zwar unterscheiden sich

1) So lang der Pupill lebt, ist er es bedingt; allein nach dem Tode des Pupillen findet Retrotraction Statt.

2) Oben Abschn. 7 § 37. S. 399 f.

dieſe von den in Abſchn. 4. behandelten darin, daß die Sonderſervituten hier nicht gleichzeitig ausgeübt werden dürfen.

Ebenſo giebt es Geſammtobligationen, und zwar nicht von der Art der gewöhnlichen Correalobligationen, ſondern ſolche, wie ſie in der §. 36. erörterten Obligation des servus fructuarius ſich darſtellen, d. h. mit Sonderobligationen, welche der Ausübung nach zeitlich getheilt ſind. Es findet dieſe Geſammtobligation nicht bloß auf activer Seite Statt, wie bei dem servus fructuarius, ſondern auch auf paſſiver, nämlich bei allen Erbſchaftsſchulden.

Weil es Geſammtobligationen giebt, ſo giebt es auch ein Geſammtpfandrecht.

Daß es aber einen Geſammtbeſitz giebt, iſt zu leugnen; zwar von Seiten des Pupillen reſp. deſſen Tutor ſtände ihm nichts entgegen, dieſem könnte man ſehr wohl den Willen nomine pupilli et substituti possidendi zuſchreiben[1]); allein dem Subſtituten fehlt, ſo lang der Pupill lebt, der animus possidendi; er iſt nur bedingt berufen, kann ſich alſo bei Lebzeiten des Pupillen nicht über den Antritt der hereditas patris erklären, und iſt des animus possidendi unfähig. Bei der Uſucapion einer vom Vater reſp. dem Pupillen beſeſſnen Sache bedarf es demnach der accessio possessionis; dieſe ſteht ihm ohne Zweifel zu, weil er Erbe ſowohl des Vaters als auch (nach dem Tode des Pupillen) des Pupillen iſt.

Von obigen Sonderverhältniſſen des Pupillen und Subſtituten iſt freilich in den Quellen nicht die Rede; das hat darin ſeinen Grund, daß eben, ſo lange der Pupill lebt, er allein die Erbſchaft vertritt[2]), nach ſeinem Tode aber der Subſtitut allein Erbe iſt. Nichtsdeſtoweniger muß man ſie annehmen; denn erſt, wenn dies

---

1) Oben Abſchn. 1. §. 1. S. 2.

2) Selbſt wenn der Pupill vom benef. abstin. Gebrauch macht, hat der Subſtitut kein Recht zur hereditatis aditio, weil die bedingt deferirte hereditas nur im Falle der negativen Poteſtativbedingung angetreten werden darf; bonorum possessio dürfte er, wie jeder bedingt Berufne, erbitten, allein im eignen Intereſſe unterließ er es, da die Erbſchaft in jenem Falle unzweifelhaft inſolvent war; es iſt deshalb nicht auffallend, daß es bei Abſtention des Pupillen zum Concurſe kommt; l. 28. de reb. auct. jud. 42, 5; Pernice in Bekker Mutber Jahrb. 1, 237 f. 244 f.

geschieht, gewinnt man das volle Verständniß der Bestimmungen des R. R. über die Pupillarsubstitution, die in §. 42. dargestellt worden sind; beide gehen Hand in Hand mit einander.

2. §. 44. Verhältniß des Substituten zu den Erbschaften des Vaters und des Pupillen nach dem Tode des letztren.

Mit dem Tode des Pupillen hört das Gesammtrechtsverhältniß an der väterlichen Erbschaft auf; der Substitut hat diese nunmehr allein, ganz wie die dos communis dem Vater resp. der Tochter allein gehört, wenn die Tochter resp. der Vater stirbt; und wie der Usufructuar, welchem neben einem Andren der Nießbrauch per vindicationem legirt ist, nach dem Wegfall des Letztren alleinigen Anspruch auf die Früchte hat.

Durch den Tod des Pupillen tritt eine neue Erbschaft zu der väterlichen hinzu; es giebt also zwei Erbschaften: die hereditas patris et filii; dieselben stehen zwar (das wird sich später zeigen) in einer gewissen Verbindung; allein ein Gesammtrechtsverhältniß entsteht nicht.

Es könnte hiernach scheinen, als überschritten wir die Grenze unsrer Abhandlung, wenn wir das Verhältniß der Substituten nach dem Tode des Pupillen erörtern. Allein es wird sich vielmehr ergeben, daß die Behandlung dieses Gegenstandes unsre Auffassung des Verhältnisses bei Lebzeiten des Pupillen bestätigt, es wird sich ergeben, daß wir es fortan mit zwei Erbschaften zu thun haben, — was unmöglich wäre, wenn der Pupill allein geerbt hätte, da dann der Nachlaß des Vaters in sein übriges Vermögen aufgegangen wäre.

Wir müssen um der Vollständigkeit wegen mehr Fälle, als in §§. 42. 43. behandelt wurden, zur Erörterung ziehen. Während wir bisher voraussetzten, daß der Pupill ganz oder zum Theil instituirt war, muß jetzt auch der Fall untersucht werden, wenn der Pupill exheredirt oder der Substitut ganz oder zum Theil instituirt ist. In allen Fällen giebt es zwei Erbschaften: die des Vaters und die des Pupillen, aber in einigen geht jede derselben ihren eignen Gang, so daß jede in verschiedne Hände gelangt, in andren ist die Erbschaft

des Vaters und des Pupillen von einander untrennbar, der Substitut kann nur beide annehmen oder ausschlagen, das ist die einzige Wirkung der Pupillarsubstitution nach dem Tode des Pupillen.

I. Diejenigen Fälle, in welchen die väterliche und pupillare Erbschaft nicht getrennt werden können, sind dann vorhanden, wenn der Pupill allein oder der Substitut allein oder beide nebeneinander zu Erben des Vaters ernannt sind. Dann nämlich ist der Wille des Vaters offenbar dahin gerichtet, daß beide Erbschaften nach dem Tode des Pupillen sich in der Hand des Substituten vereinigen sollen; eine Trennung beider ist unzulässig.

A. Der Pupill ist *ex asse* eingesetzt. Daß der Substitut nicht bloß die Erbschaft des Vaters, sondern auch die des Pupillen beanspruchen dürfe, ist unter den Römischen Juristen niemals bestritten gewesen; dabei kam es auch auf die Worte der Substitutionsformel nicht an, es war gleichgültig, ob der Testator den Substituten mit der Formel »tunc mihi heres esto« oder »tunc filio heres esto« oder »tunc heres esto« berufen hatte. In neuerer Zeit haben indeß Pernice und Vering[1]) behauptet, daß die ältren Römischen Juristen über jene Frage gestritten hätten; sie stützen sich dabei auf Cicero, welcher de invent. 2, 21. also schreibt:

> Quidam pupillum heredem fecit, pupillus autem ante mortuus est, quam in suam tutelam venisset; de hereditate ea quae pupillo venit inter eos, qui patris pupilli heredes secundi sunt, et inter agnatos pupilli controversia est. Possessio heredum secundorum est. Intentio agnatorum est: nostra pecunia est, de qua is, cujus agnati sumus, testatus non est. Depulsio est: immo nostra qui heredes secundi testamento patris sumus. Quaestio est: utrorum sit? Ratio est: pater enim et sibi et filio testamentum scripsit, dum is pupillus esset; quare quae filii fuerunt, testamento patris nostra fiant necesse est. Infirmatio est rationis: immo pater sibi scripsit, et secundum heredem non filio sed sibi jussit esse; quare praeterquam quod ipsius fuit, testamento illius vestrum esse non potest. Judicatio: possitne quis

1) Pernice in Bekker-Muther's Jahrb. 1, 240. Vering Erbrecht S. 344. N. 3.

quam de filii pupilli re testari, an heredes secundi ipsius patrisfam. non filii quoque ejus pupilli heredes sint? ..... Supponatur ab heredibus haec ratio: unius enim pecuniae plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut ejusdem pecuniae alius testamento alius lege heres esset. Infirmatio haec erit: non est una pecunia, propterea quod altera pupilli jam erat adventicia, cujus heres non illo tempore testamento quisquam scriptus erat, si quid pupillo accidisset, et de altera patris etiam nunc mortui voluntas plurimum valebat, quae jam mortuo pupillo suis heredibus concedebat. Judicatio est: unane pecunia fuerit; et si hac usi erant infirmatione: posse plures esse unius heredes pecuniae dissimilibus de causis; de eo ipso judicatio nascitur: possintne ejusdem pecuniae plures dissimilibus generibus heredes esse? —

Diese Stelle bestätigt keineswegs die gegnerische Ansicht; Cicero überliefert nicht geschichtliches Recht, er spricht nicht im Perfectum, sondern im Präsens; er fingirt einen Proceß zwischen den Agnaten des Pupillen und dem Substituten, worin jene das dem Pupillen gehörige Vermögen, welches nicht vom Vater herrührt, für sich in Anspruch nehmen. Dabei führt Cicero die Behauptungen und Gegenbehauptungen der Parteien kurz an. Die Agnaten stützen sich auf die Substitutionsformel: tum *mihi* Lucius heres esto, der Substitut auf den Willen des Testators, der für sich in den Pupillen testiren wollte: pater et sibi et filio testamentum scripsit, dum is pupillus esset. Der Substitut behauptet, das Vermögen des Vaters und des Pupillen sei una pecunia (offenbar dasselbe, was bei den spätren Juristen juncta, una hereditas heißt), die Agnaten leugnen dies: non est una pecunia. Als Hauptfrage wird dann von Cicero nicht etwa die Untersuchung der Substitutionsformel hingestellt, sondern vielmehr die Untersuchung, ob una pecunia vorliegt: judicatio est, unane pecunia fuerit. Endlich aber enthält Alles die Behauptungen und Gegenbehauptungen der Parteien, nimmermehr aber Ansichten und Gegenansichten von Juristen; sonst müßte man annehmen, daß auch sonst Cicero, wenn er Parteien gegenüberstellt, von juristischen Controversen berichtet,

dann aber würde unsre Wissenschaft plötzlich um eine beträchtliche Anzahl von römischen Controversen bereichert werden, welche niemals geschichtlich gewesen sind.

So giebt es also nach dem Tode des Pupillen zwei Erbschaften:

Gai. 2, 180: Quo casu, si quidem non extiterit heres filius, patri fit heres, si vero heres extiterit filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus; *quamobrem duo quodammodo sunt testamenta, aliud patris, aliud filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset, aut certe unum est testamentum duarum hereditatum.*

§. 2. J. de pup. subst. 2, 16: Fast gleichlautend mit Gaius.

l. 2. §. 2. de her. vend. 18, 4. (Ulp.): Et illud potest quaeri, si etiam impuberi sit substitutus is, qui vendidit heredidatem testatoris, an etiam id, quod ex impuberis hereditate ad eum, qui vendidit hereditatem, pervenit, ex emto actioni locum faciat? *Et magis est, ne veniat, quia alia hereditas est; licet enim unum testamentum sit, alia tamen atque alia hereditas est.*

l. 2. §. 4. de v. et p. s. 28, 6: ... constat enim unum esse testamentum, *licet duae sint hereditates* ...

l. 10. §. 2. eod.: Filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis est, extitit patri filius heres; an possit substitutus *separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat?* Non potest, sed aut *utriusque debet hereditatem habere aut neutrius; juncta enim coepit hereditas esse.*

Allein es ist offenbar der Wille des Vaters, daß der Substitut nur beide Erbschaften zusammen haben solle; dieselben stehen deshalb in untrennbarer Verbindung; sie heißen zusammen »juncta hereditas, una hereditas«:

l. 10. §. 2 cit.

l. 28. de reb. auct. jud. 42, 5: ... hereditas patris et filii *una* est ... [1]).

---

1) Zwar geht diesen Worten noch voraus: at quum substitutus filio hereditatem adiit, und man möchte daraus schließen, die una hereditas setze noch den Erbschaftsantritt des Substituten voraus, allein, wie man leicht durch eine Vergleichung mit den Vorhergehenden überzeugt, wollen jene Worte bloß

l. 59. de acq. her. 29, 2: ... *conjungi* eam (sc. filii hereditatem) paternae hereditati existimandum est;

und die zu beiden Erbschaften gehörigen Sachen heißen in l. 5. §. 12. ut in poss. leg. 36, 4. schlechtweg hereditaria:

Si ab impuberis substituto legata sint relicta, et impubes decesserit, missio non solum in bona quae testatoris fuerunt, verum ad ea quoque quae impubes acquisivit locum habebit; *nam haec quoque hereditaria sunt.*

Hieraus ergeben sich folgende zwei Regeln:

a) Der Substitut hat kein Recht die Erbschaft des Vaters und des Kindes zu trennen; er kann nur beide annehmen oder ausschlagen:

l. 10. §. 2. de v. et p. s. 28, 6: filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis est; extitit patri filius heres; an possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat? Non potest sed aut utriusque debet hereditatem habere aut neutrius; juncta enim hereditas coepit esse.

Berücksichtigt man nicht die bei Lebzeiten des Pupillen bestandne Gesammtberechtigung, nimmt man also an, daß der Pupill allein Erbe des Vaters war, so begreift man nicht, wie die Frage nach der Separation auch nur aufgeworfen werden durfte; es hätte sich die Verneinung so von selbst verstanden (denn niemals darf ein Erbe den Nachlaß seines Erblassers von dem Nachlasse, welchen letztrer von einem Andren geerbt hat, trennen), daß niemals von einer Separation die Rede sein durfte. Erst das Gesammtrechtsverhältniß löst die Bedenken; denn dadurch allein gelangt man zu duae hereditates, also auch zu der Möglichkeit ihrer Trennung.

b) Tritt der Substitut nur die Eine Erbschaft, die väterliche oder die pupillare an, so liegt darin zugleich die Antretung der andren. Dies ist enthalten in folgenden Worten der l. 40. de acq. her. 29, 2:

Quaesitum est an, licet quis paternae nihil attingat, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat vel faciat.

besagen, daß die una hereditas nicht schon bei Lebzeiten des Pupillen, sondern erst nach seinem Tode vorhanden sei.

an creditoribus paternis cogatur respondere, utputa si impuberi fuerit substitutus. In qua specie Julianus libro 26. Dig. scripsit, incidere eum in edictum, si se immiscuerit impuberis hereditati; nam qui judicium parentis oppugnaverit, non debet ex eadem hereditate quidquam consequi.

Doch wollen wir nur gleich bemerken, daß der Inhalt der Lex sehr bestritten ist; wir werden später (unter II. B. 3. b.) ausführlich darauf eingehen [1]).

B. Der Unmündige ist *ex parte*, neben ihm der Substitut *ex parte* zum Erben eingesetzt. Es unterscheidet sich dieser Fall von dem sub A. erörterten nur in einer Beziehung. Während nämlich im Falle sub A. die Rechte des Substituten bei Lebzeiten des Pupillen völlig ruhen sollten, ist im Falle sub B. der Substitut in der Weise berufen, daß er bereits bei Lebzeiten des Pupillen die Erbenstellung haben soll. Sieht man hiervon ab, so ist der Substitut hier wie dort in demselben Rechtsverhältniß; denn als Substitut ist er vom Tode des Vaters ab zum Erben eingesetzt. Daher verbindet auch Ulpian beide Fälle, indem er im Anschluß an den oben citirten §. 2. der l. 10. de v. et p. s. 28, 6. also fortfährt:

§. 3: *idemque est* si pater me heredem scripserit ex parte et filium ex parte et ego patris hereditatem repudiavero; nam neque filii hereditatem habere possum.

Unterscheiden wir nunmehr den Fall, wenn der Substitut die Institutionsportion ausschlägt, von dem andren, wenn er sie antritt.

1) Der Substitut schlägt die Institution aus. Hier müssen wir auf einen weitverbreiteten Irrthum aufmerksam machen. Man hat aus der eben citirten l. 10. §. 3. geschlossen, daß der miteingesetzte Substitut, welcher die Institutsportion ausgeschlagen hat, nach dem Tode des Pupillen nicht mehr auf Grund der Substitution beide Erbschaften erwerben könne [2]). Das ist dem Text

1) Dort wird zwar ausgeführt werden, daß der Pupill in l. 40. als erheredirt vorauszusetzen ist; doch ist es für das pro herede gerere des Substituten gleichgiltig, ob der Pupill erheredirt oder instituirt ist.

2) Diese Ansicht hängt damit zusammen, daß angeblich, wer die Institution

des §. 3. durchaus nicht gemäß [1]); er beginnt mit den Worten: idemque est; was aber unter dem »idem« zu verstehen, ergiebt der vorhergehende §. 2:

> an possit substitutus separare hereditates ut filii habeat, patris non habeat? Non potest, sed aut utriusque debet hereditatem habere, aut neutrius; juncta enim hereditas coepit esse,

d. h. also wie im Falle des §. 2, so kann auch in dem des §. 3. der Substitut nicht beide Erbschaften trennen, allein will er beide erwerben, so schadet ihm die frühere Ausschlagung der Institutionsportion nicht; die Schlußworte des §. 3:

> nam neque filii hereditatem habere possum

bedeuten demnach nicht, der Substitut könne in unsrem Falle überhaupt nicht mehr antreten, sondern er darf nicht separiren. Auch steht dieser Grundsatz mit den sonstigen Vorschriften über Delation ganz im Einklang. Wer zwei Delationsgründe für sich hat, kann den einen zurückweisen und von dem andern Gebrauch machen; wer Testaments- und Intestaterbe ist, kann ex testamento ausschlagen und ab intestato antreten; wer in der bon. poss. unde liberi ausgeschlagen hat, kann die bon. poss. unde cognati erbitten; wer ex institutione ausschlägt, kann ex substitutione erwerben [2]). In derselben Lage ist der Pupillarsubstitut; ihm ist nach dem Tode des Vaters ein Theil von dessen Erbschaft deferirt worden; da er ihn ausgeschlagen, ist er dem Theil des Pupillen zugewachsen; es ist also nunmehr, wie wenn der Pupill allein instituirt, und ihm

---

auf einen Theil ausgeschlagen, nicht mehr einen andren ex substitutione ihm zufallenden Theil annehmen darf. Darin liegt, wenn auch nicht ganz, so doch zum großen Theile ein Irrthum, wie an einem andren Orte gezeigt werden soll.

1) Nur Ubbelohde ist derselben Ansicht wie wir (diff. jur. c. 15. bei Heineccius jurispr. Rom. et Att. 2, 659 sq.); nur begeht er einen Fehler. Er meint die ausgeschlagne Institutionsportion accrescire dem Pupillen; also finde der Substitut, wenn er nach dem Tode des Pupillen antrete, in dem pupillaren Nachlaß den väterlichen. Das ist unrichtig; denn wie wir ausführten, giebt es nicht Einen Nachlaß des Pupillen, sondern duae hereditates (patris et filii), die aber für untrennbar gelten. Also findet der Substitut nicht die väterliche Erbschaft in der pupillaren; sie existiren neben einander.

2) l. 1. §. 5. si quis om. c. t. 29, 4.

ein Substitut gegeben wäre; die Ausschlagung der Institutionsportion kann dem Substituten nicht schaden; denn nach dem Tode des Pupillen geschieht eine neue Delation an ihn, es werden ihm jetzt duae hereditates deferirt: die hereditas patris, die ihm früher zum Theil, jetzt aber nochmals ganz deferirt wird, und die hereditas pupilli; beide Erbschaften sind untrennbar, können nur zusammen angetreten oder ausgeschlagen werden; das ist der Inhalt der l. 10. §. 3. cit.

Es existirt noch ein Quellenzeugniß, wodurch unsre Auslegung der l. 10. §. 3. bestätigt wird: die l. 27. §. 2. ad sct. treb. 36, 1. von Julian:

> Qui suspectam sibi hereditatem dicit, nullum commodum ex testamento consequetur, quod habiturus non esset, si heres institutus non fuisset aut non adiisset. Et ideo si pupillo . . . substitutus ita fuerit »Titius filio meo heres esto« tum si solus patri heres extiterit, nihilo minus cogendus erit, hereditatem pupilli restituere; *si vero coheredem habuerit, retinebit pupilli hereditatem, quia potuit coherede adeunte, quamvis ipse patris omisisset hereditatem, ex substitutione adire.*

Danach kann der zum Miterben berufne Substitut trotz Ausschlagung der Institutionsportion dennoch auf Grund der Substitution antreten; Julian hebt nicht hervor, wer der andre Miterbe war, ob der Pupill oder ein Extraneus; sein Ausspruch gilt also für beide Fälle, und enthält demnach auch den Fall der l. 10. §. 3, den er ganz in der Weise entscheidet, welche mit unsrer Auslegung der l. 10. §. 3. harmonirt. Diejenigen Juristen freilich, welche l. 10. §. 3. abweichend interpretiren, mußten an l. 27. §. 2. Anstoß nehmen. So lehrt Huschke[1]) geradezu, daß zwischen beiden Leges eine Antinomie bestehe. Andre[2]) aber supponiren in l. 27. §. 2,

---

1) a. a. O. 7, 80.

2) Zuerst die Glosse im casus Vivianus und gl. si pupillo ad h. l. (forte exheredato), Cujacius op. 6, 281, Faber err. pragm. dec. 32. err. 1, Warnkönig in Zschr. f. Civ. u. Pr. 18, 316, Vangerow im Arch. f. civ. Pr. 37, 337 f. Durchaus unrichtig faßt Pernice comm. duae p. 98. 99. die Lex auf; er sieht in dem Schluß einen Trebellianismus. Auch Mühlenbruchs Ju

der Pupill sei enterbt und ein Extraneus neben dem Substituten berufen. Daß diese Supposition ohne Grund ist, geht aus unsrer früheren Ausführung hervor; gesetzt aber, daß sie richtig wäre: wie ist es denn möglich, daß bei Enterbung des Pupillen der Substitut nach Ausschlagung der Institution dennoch ex substitutione antreten kann?

Wie wenig die Ausschlagung der Institution auf die Substitution Einfluß hatte, zeigt l. 8. pr. de v. et p. s. 28, 6:

> Qui liberis impuberibus substituit, aut pure aut sub conditione solet substituere. Pure sic: si filius meus intra pubertatem decesserit, Seius heres esto; sive Seius iste heres institutus sit et impuberi substitutus, nullam habet conditionem, sive solum substitutus. Sub conditione autem institutum si substituat, id est, »si mihi heres erit«, non alias existet heres ex substitutione, nisi et ex institutione heres fuerit ...

Es ist hier klar ausgesprochen, daß die Ausschlagung der Institutionsportion nur dann schadet, wenn die Substitution unter der Bedingung geschah, daß die Institutionsportion angetreten werde. Oder soll dies wiederum beschränkt und der Pupill als exheredirt angesehen werden?

Bei dieser Sachlage dürfen wir, ohne deshalb Schaden für unsre Interpretation der l. 10. §. 3. zu befürchten, auf ein Zeugniß verzichten, durch welches sie *anscheinend* durchaus bestätigt wurde. In l. 11. §. 1. ad sct. treb. 36, 1. nämlich schreibt Ulpian:

> Idem Julianus ait, si duo fuerint a patre instituti cum filio ejus impubere, et iidem substituti filio, sufficere ei, qui fideicommissum in secundis tabulis accepit, unum ex heredibus institutus cogere adire patris hereditatem, hoc enim facto confirmatisque patris tabulis, poterunt ex substitutione ambo cogi adire et restituere hereditatem.

Wie der Text vorliegt, ist von zwei mit dem Pupillen zugleich berufnen und ihm substituirten Miterben die Rede; es soll genügen,

---

sicht (in Glück Comm. S. 431. 432), wonach diese Lex der in l. 40. de acq. her. mitgetheilten Ansicht Julians widerspreche, ist, wie später gezeigt werden soll, ungegründet.

wenn der eine die Institution antritt, da dann Beide (also auch der Ausschlagende) ex substitutione Erbe werden könnten. Allein es ist der Text unzweifelhaft verderbt; den Antritt des einen Miterben hält der Jurist für nöthig zum Zweck der Confirmation des väterlichen Testaments; offenbar ist dies nur dann nothwendig, wenn der Pupill enterbt ist, da andrenfalls der Pupill ipso jure Erbe und das väterliche Testament confirmirt wurde. Dazu kommt, daß das Responsum Julians, dessen Ulpian gedenkt, uns in l. 27. §. 5. ad sct. treb. 36, 1. erhalten ist und daß darin der Pupill als enterbt vorausgesetzt wird. Nach dem Vorgang von Cujaz wird deshalb von den Meisten im Anfang der Lex statt »*cum* filio ejus impubere« vielmehr »*exheredato* filio ejus impubere« gelesen[1]). So bezieht sich denn allerdings die l. 11. §. 1. ad sct. treb. auf einen andren Fall als l. 10. §. 3. de v. et p. s., und bestätigt unsre Interpretation der letztren nicht unmittelbar, wohl aber mittelbar; denn man muß wiederum (wie es gegenüber einer Auslegung der l. 27. §. 2. ad sct. treb. geschah) fragen: was für einen Einfluß kann der Enterbung eingeräumt werden? es bleibt immer Institution und Substitution, von denen diese angetreten werden kann, trotzdem jene ausgeschlagen ist. — — —

2) Der Substitut tritt die Institution auf einen Theil an. Das Princip der juncta hereditas veranlaßt, daß er die Pupillarerbschaft »jure accrescendi« erhält; er braucht also den Pupillen nicht einmal zu überleben; er erwirbt sie ipso jure, d. h. ohne und wider seinen Willen; beides bezeugt Neratius in l. 59. de acq. her. 29, 2:

> Qui patri heres extitit, si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem ejus praetermittere. Quod sic recipiendum est, etiamsi vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit; nam is qui heres extiterit, pupillo quoque heres necessario erit; nam si ipsum

1) Cuiac. obs. 26, 1, Chesius interpr. jur. lib. 1. c. 15. No. 21. (bei Heineccius a. a. O. 2, 97), Papillon de subst. pup. c. 5. (bei Otto thes. 4, 735), Pothier Pand. Just. l. 36. t. 1. No. 106, Bangerow im Arch. f. civ. Pr. 37, 340.

invitum obligat, conjungi eam paternae hereditati, et accrescendi jure acquiri cuique patris heredi, existimandum est.

Man bezieht auch gewöhnlich die l. 20. C. de jure del. 6, 30. hierher; Justinian berichtet hier über eine Controverse:

similique modo dubitabatur. si impuberem quis filium suum heredem ex parte instituit et quendum extraneum in aliam partem, quem pupillariter substituit, et postquam testator decessit, pupillus quidem patri heres extitit, extraneus autem hereditatem adiit, et postea adhuc in prima aetate pupillus constitutus ab hac luce subtractus est, et pupillaris substitutio locum sibi vindicavit; quumque substitutus eandem partem admittere noluit, quaesitum est, si potest jam heres ex principali testamento factus pupillarem substitutionem repudiare ... Placuit .. nobis ... ut vel omnia admittantur vel omnia repudientur et necessitas imponatur heredi particulari facto ... admittere vel etiam substitutionem.

Indeß der Text: pupillus quidem patri heres extitit, extraneus autem hereditatem adiit ist unerträglich; die Partikeln quidem und autem deuten an, daß der Pupill anders als der Substitut gehandelt habe; man muß also u. E. lesen: pupillus quidem patri heres *non* extitit; der Extraneus allein hatte das Testament angetreten, der Pupill hingegen abstinirt; die Folge davon war, daß jenem der Antheil des letztren accrescirte, allein er lehnte diese Accrescenz ab (eandem partem admittere noluit), und meinte ebenso die Substitution ablehnen zu dürfen. Offenbar stützte er sich dabei auf l. 55. de acq. her. 29, 2:

Quum hereditate patris necessarius heres se abstineat, conditio coheredi sive suo sive extraneo defertur, ut aut totam agnoscat aut a tota recedat, et ita se abstinere potest propter alium, qui per suam personam non poterat; si tamen creditores dicant, se contentos esse eius portione, quia non potest exonerari nisi deferatur conditio, et alterius parte abstinere se creditores debent, ut ejus actiones ei qui convenitur dentur.

Der Extraneus, welcher Theilerbe geworden ist, darf, wenn sein

Miterbe abstinirt, nun gleichfalls abstinuren, außer wenn die Gläubiger erklären, sie wollten ihn nur auf seinen Theil belangen. Sollte dieser Grundsatz der l. 55 cit. auch dann zur Anwendung kommen, wenn später der Theilerbe zum Pupillarsubstituten berufen ist? Soll die Abstention des Pupillen ihn zur Abstention von der Pupillarerbschaft berechtigen? Darüber existirte eine Controverse, welche von Justinian verneinend entschieden wurde[1]).

C. Der dritte Fall, in welchem das Princip der juncta hereditas zur Anwendung kommen muß, ist dann vorhanden, wenn der Pupill exheredirt und der Substitut ex asse eingesetzt ist. Zuvörderst muß hier der Substitut antreten, weil entgegengesetzten Falles das ganze Testament, also auch die Substitution, hinfällig würde[2]); ist dies aber geschehen, so erwirbt er den Pupillarnachlaß ipso jure; die oben citirte l. 59. de acq. her. 29, 2, in welcher der Pupill sowohl als miteingesetzt wie als enterbt vorausgesetzt werden darf, bestätigt dies[3]).

Sehr ähnlich diesem Falle ist der andre, wenn zwar der Pupill ex asse eingesetzt ist, aber abstinirt. Daß hier die Substitution bei Kräften bleibt, leidet nach l. 42. pr. de acq. her. 29, 2. und l. 28. de reb. auct. jud. 42, 5. keinen Zweifel. Es entsteht nunmehr die Frage, ob der Substitut beide Erbschaften trennen dürfe? Im Princip ist dies unbedingt zu verneinen. Allein wir haben bereits im vorigen §. eine hierher gehörige Controverse abgehandelt. Javolen und Julian hielten am Princip fest und erklärten deshalb den Substituten für die väterlichen Schulden verhaftet; Marcell und Ulpian hingegen waren entgegengesetzter Ansicht. Es könnte sonach scheinen, als ob das Princip der juncta hereditas im vor-

1) Anders Huschke a. a. O. 7, 81.

2) l. 10. §. 4. de v. et p. s. 28, 6.

3) Mit Unrecht behauptet die Glosse extitit zu l. 59. cit., welcher Papillonius de pup. subst. c. 9. (bei Otto thes. 4, 75) und Warnkönig (in seiner und Rosshirts Zschr. f. G. u. Gr. 2, 5) beigetreten sind, daß der Substitut die pupillare Erbschaft ausschlagen dürfe. Namentlich wird Warnkönigs Grund, „der Substitut müsse die Rechte des Intestaterben des Pupillen haben", kaum Beifall finden Mit uns stimmen Faber (err. pragm. dec. 31. err. 6. p. 324), Mühlenbruch (in Glücks Comm. 40, 436), Vangerow Pand. §. 154. I. 1, Mayer Erbrecht §. 38. Note 8. überein.

liegenden Falle einen vollständigen Abbruch erlitte. Dem ist jedoch zu widersprechen. Gesetzt, es sind dem Substituten Legate auferlegt; ob diese Legate giltig sind, ist in den Quellen nicht ausgesprochen; nach allgemeinen Grundsätzen muß es bejaht werden, in Analogie des Falles, wo der Pupill bon. poss. contra tab. erbeten hat, in welchem Falle die Substitutenlegate unbedingt aufrecht erhalten werden[1]). Diese Legate nun muß der Substitut u. E. trotz der Abstention des Pupillen entrichten, und dadurch zeigt sich das Princip der juncta hereditas wiederum wirksam. Freilich, müssen wir hinzufügen, wird es practisch selten zur Entrichtung der Legate kommen. Es versteht sich nämlich nach dem Grundsatz »pater de suo legat«[2]) von selbst, daß die Legate nur auf Höhe des Nettobetrages der väterlichen Erbschaft geleistet werden müssen; nun war aber in den meisten Fällen der Abstention der Bestand der Erbschaft zur Zeit des Todes des Vaters nicht einmal zur Bezahlung der Erbschaftsschulden hinreichend, und so brauchte der Substitut in der Regel nichts an Legaten zu entrichten.

> l. 17. de mortis c. don. 39, 6: Etsi debitor consilium creditorum fraudandorum non habuisset, avelli res mortis causa ab eo donata debet; *nam quum legata ex testamento ejus, qui solvendo non fuit, omnimodo inutilia sint*[3]), possunt videri etiam donationes mortis causa factae rescindi debere, quia legatorum instar obtinent.

Man wird vielleicht unsrer Deduction die l. 10. §. 2. de v. et p. s. 28, 6. entgegenhalten. Bei der hier erörterten Frage, ob der Substitut die beiden Erbschaften trennen könne, entscheidet sich zwar Ulpian im verneinenden Sinne, doch nur unter der Voraussetzung, daß »extitit patri heres filius«. Es scheint hieraus arg. e. contr. für den Fall der Abstention zu folgen, daß der Substitut das Recht der Separation habe. Allein die Worte »extitit patri filius heres«

---

1) l. 5. pr. de leg. praest. 37, 5. l. 35. de v. et p. s. 28, 6.

2) Oben §. 42. S. 461.

3) Hieraus folgt zugleich, daß der bonorum emtor an die Legatare nichts schuldete; zwar heißt es in l. 40. de obl. et act.: hereditariarum actionum loco habentur et legata, quamvis ab herede coeperint; allein in unsrem Falle sind ja die Legate ungiltig, also non coeperunt ab herede.

lassen auch eine andre Auslegung zu; sie bedeuten nämlich (ganz wie in l. 87. §. 4. ad leg. falc. die Worte: antequam patri heres existeret), daß der Sohn den Vater überlebt habe. Der Jurist will einen Fall mit duae hereditates construiren; dazu gehört, daß der Vater vor dem Sohn stirbt; dann wird der Sohn ipso jure heres patris, und zwar ist dies selbst dann wahr, wenn der Sohn abstinirt. So ist denn das Resultat, daß Ulpian auch im Fall der Abstention das Princip der una hereditas lehrt, und daß l. 10. §. 2, anstatt unsrer Ansicht zu widersprechen, dieselbe vielmehr bestätigt. Wäre Ulpian für die Seperation gewesen, so hätte er sicherlich in l. 42. de acq. her. 29, 2, bei der Frage, ob der Substitut des abstinirenden Pupillen die väterlichen Schulden bezahlen müsse, sich dieses Arguments bedient, während er dessen mit keinem Worte gedenkt.

II. Nunmehr wenden wir uns zu denjenigen Fällen, in denen die väterliche und Kindeserbschaft ihren eignen Gang gehen, eine juncta hereditas demnach nicht vorliegt. Die Fälle dieser Art scheiden sich in zwei Unterabtheilungen:

A) in diejenigen, welche sich rein auf dem Boden des Civilrechts bewegen;

B) in diejenigen, welche aus dem Zusammenstoß des Civilrechts mit dem spätren Rechte (des Prätor, der lex Julia et Papia, der Verordnung von Antoninus Pius über die Arrogation) hervorgehen.

ad A. Für diese Fälle läßt sich ein sehr einfaches Princip an die Spitze stellen. Die juncta hereditas patris et filii gründete sich auf dem Willen des Vaters; sie trat überall ein, wo er eine Trennung seines eignen und des pupillaren Nachlasses nicht zuließ. Sie mußte überall da cessiren, wo jener väterliche Wille nicht vorhanden ist, und es kann sich deshalb nur darum handeln die Fälle aufzusuchen, in welchen die Trennung Statt hat.

Eine Trennung der beiden Erbschaften ist aber dann zulässig, wenn Jemand, welcher nicht Substitut ist, zur väterlichen Erbschaft berufen ist; denn dieser ist dann auf die väterliche Erbschaft (ganz oder zum Theil) beschränkt, der pupillare Nachlaß kann bloß in die Hand des Substituten gelangen. Hiernach giebt es zwei Fälle, wo keine juncta hereditas vorliegt.

1) Wenn der Pupill exheredirt und der Substitut instituirt, aber zugleich ihm ein Vulgarsubstitut ernannt ist; schlägt hier der Institutus aus, und tritt hierauf der Vulgarsubstitut an, so kann jener Institut sich noch in seiner Eigenschaft als Pupillarsubstitut zur Pupillarerbschaft ziehen[1]). Es ist dies zwar nirgends unmittelbar ausgesprochen, folgt jedoch, wie allgemein anerkannt ist, aus

l. 10. §. 4. de v. et p. s. 28, 6: Si ex asse heres institutus filio exheredato substitutus repudiaverit patris hereditatem. *quum non haberet substitutum, non poterit filii adire.*

Danach kann der Pupillarsubstitut, welcher die väterliche Erbschaft ausgeschlagen, nur dann die des Sohnes nicht antreten, wenn er keinen Substituten hat, wohl aber (so müßen wir schließen), wenn er einen solchen hat und dieser die Erbschaft erwirbt[2]).

2) Wenn der Substitut bloß pro parte und neben ihm ein Dritter pro parte instituirt ist. Es handelt von diesem Falle die oben S. 509. citirte l. 27. §. 2. ad sct. treb. 36, 1, deren Schlußsatz also lautet:

si vero coheredem habuerit (sc. substitutus), retinebit pupilli hereditatem, quia potuit coherede adeunte, quamvis ipse patris omisisset hereditatem, ex substitutione adire.

Ist der hier gedachte Coheres ein Dritter (nicht der Pupill[3]) und schlägt der mitinstituirte Substitut seinen Theil aus, so fällt der ganze väterliche Nachlaß an den mitberufnen Dritten; der Substitut erhält den Pupillarnachlaß allein[4]).

ad B. Die Grundsätze des Civilrechts mußten bei dem Zusammentreffen mit dem neuen Rechte, namentlich mit dem prätorischen, vielfach Abbruch erleiden. Aus der unnatürlichen Vereinigung

1) Schlägt er aus, ohne daß ihm ein Vulgarsubstitut gesetzt ist, so wird das väterliche Testament, und folglich auch die Pupillarsubstitution nichtig; s. oben S. 513. N. 2.

2) So auch Mühlenbruch in Glücks Comm. 40, 429 f. Warnkönig in seiner und Roßhirts Zschr. f. C. u. Cr. 2, 1. (A. 2).

3) Es ist oben S. 509. ausgeführt, daß unter dem Coheres sowohl der Pupill als ein Dritter gedacht werden kann.

4) So auch Mühlenbruch in Glücks Comm. 40, 429 f. und Warnkönig (in seiner und Roßhirt's Zschr. 2, 6. 7); Mayer Erbr. §. 38. N. 7. Daß Pernice die Ler mißverstehe, ist bereits oben S. 509. N. 2. erwähnt.

von Principien, die sich diametral entgegengesetzt waren, entstanden jene Rechtssätze, welche ihrem Ursprung nach Bastarde, ihrem Character nach Zwittergestalten sind. Die einzelnen hierher gehörigen Punkte sind folgende:

1) Durch die Vorschriften über Capacität entstand zuerst die Frage, ob nicht ein neuer Fall der Separation der Vaters- und Kindeserbschaft zu statuiren sei. Wir haben bereits oben (S. 489 f.) den Widerspruch zwischen Julian einerseits und Terentius Clemens andrerseits dargestellt; jener wollte den Substituten die väterliche Erbschaft nicht capiren lassen, wohl aber dieser. Zugleich ist S. 496 ff. gezeigt, daß die Controverse, wenn die neben der Gesammtberechtigung bestehende Sonderberechtigung streng durchgeführt wird, gegen Julian entschieden werden mußte.

2) Ob durch den Zusammenstoß des Civilrechts und der Vorschriften von Antoninus über die Arrogation eines Unmündigen eine Ausnahme von der Untrennbarkeit der väterlichen und pupillaren Erbschaft herbeigeführt worden ist, ist verschieden beantwortet worden [1]). Nach richtiger Meinung ist es zu leugnen. Der pater arrogator kann dem Arrogirten einen Pupillarsubstituten ernennen [2]), und dieser ist der einzige Erbe des Kindes; allein der Arrogator muß bei der Arrogation einem servus publicus versprechen, er wolle, wenn der Arrogirte in der Unmündigkeit verstorbe, dessen Vermögen an diejenigen herausgeben, welche es ohne die Arrogation gehabt hätten [3]); diese Stipulation vererbt sich auf den Substituten als Vaterserben, so daß er alles Vermögen, welches nicht vom Vater oder dessen Verwandten und Freunden herrührte, herausgeben muß [4]). Eine juristische Trennung des väterlichen und des

1) Cujac. qu. Papin. ad l. 40. de v. et p. s. 28, 6. (t. 4. p. 751 sq.), Schulting not. ad Dig. ad l. 22. §. 1. de ad 1, 7. (t. 1. p. 144), Mühlenbruch in Glücks Comm. 4, 410 ff. Pernice comm. duae p. 117 sq.

2) l. 10. §. 6. de v. et p. s. 28, 6. l. 22. §. 1. de ad. 1, 7.

3) l. 18. — l. 20. de ad. 1, 7. §. 3. J. eod. 1, 11.

4) Er haftete mit der utilis actio ex stipulatu (l. 40. de v. et p. s. 28, 6.), utilis deshalb, weil die Stipulation mit einem servus publicus abgeschlossen wurde, die directa also dem Herrn des Sclaven zustand (vgl. hierzu den ähnlichen Fall in l. 2. l. 4. pr. rem. pup. s. f. 46, 6); mit Unrecht meint Mühlenbruch (in Glücks Comm. 40, 414. N. 91), die Klage heiße deshalb

pupillaren Nachlasses findet demnach nicht Statt; man wußte das Civilrecht und die neuen kaiserlichen Bestimmungen durch das Mittel der Stipulation zu versöhnen.

3) Endlich gelangen wir zu dem Zusammenstoß des Civilrechts mit dem prätorischen, bestimmter ausgedrückt zu dem Verhältniß des beneficium abstinendi gegenüber der Pupillarsubstitution.

Vorher mag noch eine Bemerkung Platz greifen, welche die Stellung der Sui innerhalb der civilrechtlichen Vorschriften über Pupillarsubstitution betrifft. Es gilt nämlich der Grundsatz, daß, wer necessarius heres des Vaters *ist* oder *werden kann*, zugleich necessarius heres des Pupillen ist resp. wird. Vom ersten Fall handelt:

> l. 2. §. 4. d. v. et p. s. 28, 6: ... constat unum esse testamentum, licet duae sint hereditates, usque adeo, ut quos quis sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat, et postumum suum filio impuberi possit quis substituere.

Es heißt: quos quis sibi *facit* necessarios; Ulpian setzt also voraus, daß der necessarius heres instituirt und substituirt ist. Dabei entsteht die Frage, welch practisches Resultat dadurch erzielt wird, daß der necessarius heres patris zugleich n. h. filii ist; denn auch ohnedies würde er in Folge des Grundsatzes der l. 59. de acq. her. 29, 2. die Pupillarerbschaft ipso jure, ohne und wider seinen Willen erwerben; allein es ist zu beachten, daß der nec. heres gewisse Rechte hat (jus abstinendi beim Sohne, jus separandi beim Sclaven) und diese stehen ihm also auch der Pupillarerbschaft gegenüber zu. — Vom zweiten Falle handelt:

> l. 10. §. 1. eod.: Quos possum heredes mihi facere necessarios, possum et filio ut servum meum et fratrem suum, quamvis in rebus humanis nondum sit; postumus igitur erit fratri heres necessarius.

Es heißt: quos *possum* heredes mihi facere necessarios, also wird, wenn wir zwei Pupillen voraussetzen, von denen der eine eingesetzt, der andre enterbt und zugleich substituirt ist, der letztre

---

utilis, weil ihr Zweck sei, ein zerstörtes Erbrecht materiell zu erhalten. Die richtige Ansicht hat schon Westphal von Testam. §. 713.

heres necessarius des erstren; denn die Qualität als her. nec. hängt nicht davon ab, daß der Substitut heres necessarius des Vaters ist, sondern werden kann[1]). Aber auch, wenn der Vater einen Dritten als Erben ex asse einsetzt, beide Pupillen enterbt und den einen enterbten dem andren substituirt, gilt (das folgt aus l. 10. §. 1 cit.) das Gleiche, und daraus ergiebt sich, daß diese civilrechtliche Vorschrift Anwendung findet ohne Rücksicht darauf, ob die hereditas patris et filii sich vereinigen oder getrennten Weges in verschiedne Hände gelangen. Der Grund dieser Vorschrift kann nur in den väterlichen Willen gesetzt werden, wie dies denn auch die citirten Fragmente in den Worten »facit (pater) necessarios, possum filio facere necessarios« andeuten, da hier unbedingt auf eine That des Vaters hingewiesen ist.

Doch dies nur beiläufig der Vollständigkeit wegen. Wir wenden uns zu dem eigentlichen sub. 3. abzuhandelnden Thema. Zwei Fälle sind denkbar:

a) die Abstention geht von dem instituirten Pupillen aus,
b) sie geht von dem substituirten Sus aus.

ad a. Der Fall, wo der ex asse berufne Pupill abstinirt, ist bereits oben S. 513. behandelt; in ganz gleicher Weise ist zu entscheiden, wenn neben dem ex parte berufnen Pupillen der Substitut ex parte instituirt ist; tritt letztrer an, so wird ihm nach l. 55. de acq. her. 29, 2.[2]) die Wahl angetragen, ob er die ganze Vatererbschaft haben oder nunmehr auch von seinem eignen Theile abstehen wolle. Nur der letzte Fall[3]) interessirt uns; macht jener nämlich von dem Abstentionsrechte Gebrauch, so wird ihm doch beim Tode des Pupillen die hereditas patris et filii als juncta hereditas angetragen; wenngleich er dann (nach Marcell und Ulpian) nicht für die väterlichen Schulden haftet, so tritt dennoch juristisch keine Separation ein[4]). Nehmen wir jetzt einen dritten

1) Die l. 18. de reb. dub. 34, 5. führt beide Fälle der necessarii fratres an. — Eine hierher gehörige Streitfrage entschied Justinian in l. 4. C. de nec. serv. her. inst. 6, 27; s. darüber S. 464.

2) S. hierzu oben S. 512 f.

3) Ueber den ersten Fall s. l. 20. C. de jure del. 6, 30, oben S. 512 f.

4) Vgl. die Folgen betreffs der Substitutenlegate S. 514.

Fall: der Pupill ist ex parte, neben ihm ein Dritter ex parte instituirt, außerdem Jemand dem Pupillen substituirt. Abstinirt nun der Pupill, so wird jene in l. 55 cit. erörterte Wahl dem Miterben angetragen; macht er vom Abstentionsrecht Gebrauch, so erhält der Substitut selbstverständlich die juncta hereditas patris et filii; erklärt er hingegen, er wolle sich accresciren lassen, so frägt es sich ob der Substitut nunmehr bloß den Pupillarnachlaß erhält. Nach unsrer Ansicht besteht an der accrescirenden Portion des Pupillen eine Gesammtberechtigung für diesen und den Substituten, die sich mit dem Tode des Pupillen in eine Alleinberechtigung für den Substituten verwandelt. Sonach kann auch die Accrescenz nur für die Lebzeit des Pupillen wirksam sein; nach seinem Tode muß der Substitut, abgesehen von dem Pupillarnachlaß, auch die Institutionsportion des Pupillen erhalten. — Zu bemerken ist, daß die Quellen über alle sub a. erörterten Fälle schweigen.

ad b. Drei Leges handeln von den hierher gehörigen Fällen, deren Auslegung sehr streitig ist: die l. 40. l. 41. de acq. her. 29, 2. und l. 12. de v. et p. s. 28, 6. Sie lauten:

l. 40: Ulp. l. 4. disputationum: Quaesitum est an, licet quis paternae hereditatis nihil attingat, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat vel faciat, an creditoribus paternis cogatur respondere? utputa si impuberi fuerit substitutus. In qua specie Julianus libro 26 Digestorum scribit, incidere eum in edictum, si se immiscuerit impuberis hereditati; nam qui judicium parentis oppugnaverit, non debet ex eadem hereditate quidquam consequi. Sed Marcellus eleganter distinguit: multum interesse utrum ex asse fuerit institutus in patris testamento an ex parte: ut si ex parte, potuerit sine metu remota patris successione impuberis hereditatem amplecti.

l. 41: Jul. l. 26. Digestorum: Filius qui se paterna hereditate abstinuit, si exheredati fratris hereditati se immiscuerit, et pro herede gesserit, poterit ex substitutione hereditatem obtinere.

l. 12. Pap. l. 3. quaestionum: Si filius qui patri ac postea fratri ex secundis tabulis heres exstitit, hereditatem patris

recuset, fraternam autem retinere malit, audiri debet. Justius enim praetorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris concesserit; etenim jus dicenti propositum est, liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare, non invitos ab hereditate removere, praesertim quod remotis tabulis secundis legitimam haberet fratris hereditatem. Itaque legata duntaxat ex secundis tabulis praestari debent, habita ratione facultatium in falcidia non patris, ut alias solet, sed impuberis.

Von diesen Leges giebt es vornehmlich zwei Interpretationen [1]), die eine von der Glosse und Cujacius, die andre von Huschke und Vangerow vertreten. Letztre beide supponiren dem ersten Theile der l. 40. cit. folgenden Fall: ein Pupill ist zugleich mit seinem Bruder, einem Suus, eingesetzt, dieser Suus außerdem substituirt; hier lasse Julian eine Trennung der beiden Erbschaften nicht zu, er gestatte sie nur dann, wenn der Pupill exheredirt sei (dies letztre nach der l. 41. cit.); Marcell und Ulpian hingegen nehmen zum Motiv ihrer Entscheidung nicht den Umstand, ob der Pupill instituirt oder exheredirt sei, sondern vielmehr den, ob der substituirte Suus allein oder mit andren zusammen instituirt sei; sei er alleiniger Erbe, so dürfe er nicht separiren, wohl aber wenn er neben andren eingesetzt sei; ja, wie Marcell und Ulpian, so entscheide auch Papinian in l. 12. cit. [2]); denn in dieser sei offenbar vorausgesetzt, daß der

1) S. überhaupt Cujac. obs. 18, 8. und ad l. 12. de v. et p. s. (op. 4, 87 sq.), ad l. 40. de acq. her. (op. 6, 175 sq.); Faber err. pragm. dec. 32. err. 3; Cabot disp. l. 2. c. 22. (bei Meermann thes. 4, 635 sq.), Gordon praeterm. j. civ. c. 13. (bei Otto thes. 2, 870 sq.), Pothier Pand. Just. l. 29. t. 2. no. 81; Huschke in Ztschr. f. G. u. Pr. N. F. 7, 87 ff.; Vangerow im Arch. f. civ. Pr. 37, 341 ff.; Pernice comm. duae p. 102 sq. Vering Erbrecht S. 351. 352.

2) Ueber diese vgl. Govean. op. p. 105. (ed. Lugd. 1562), Cujac. qu. Pap. (op. 4, 82 sq.), Chesius interpr. jur. l. 1. c. 15 (bei Heineccius jurispr. Rom. et Att. 2, 93 sq., Papillon de subst. pup. bei Otto thes. 4, 752 sq., Warnkönig in seiner und Roßhirts Ztschr. f. G. u. Gr. 2, 7 f. und in Ztschr. f. G. u. Pr. 18, 319 ff., Mühlenbruch in Glücks Comm. 40, 443 f., Löhr im Arch. f. civ. Pr. 22, 334 ff., Hoffmann in Sells Jahrb. 1, 372 ff., Huschke a. a. O. 7, 78 ff., Vangerow a. a. O. 37, 348 ff., Pernice a. a. O. p. 93 sq., Mayer Erbr. §. 38. N. 9; außerdem Pothier und Cabot an den in der vorigen Note citirten Orten.

Vater beide Kinder instituirt, dem Suus aber sei die Separation nachgelassen. Die Gründe dieser Ansicht stützen sich zum Theil (wenigstens bei l. 40.) auf die Gesetzesworte, zum Theil auf innere, der Natur der Abstention entnommne Rechtssätze.

Zunächst jene. In l. 40, so deducirt man, ist von vornherein von paterna hereditas, patris voluntas, paterni creditores die Rede, und dies Alles zu einer Zeit, wo der Pupillarsubstitution noch gar nicht Erwähnung gethan ist; diese wird erst hinterher beispielsweise in den Worten: *utputa* si impuberi fuerit substitutus angeführt, daraus folge, daß der Institutus selbst (der zugleich Substitut ist) ein Suus sein muß. — Dieser Grund ist u. E. nicht bedeutend; utputa bedeutet nicht bloß „beispielsweise", sondern auch „nämlich", und da die Stelle aus Ulpians l. 4. disput. entnommen ist, wo derselbe (wie l. 42. eod. ergiebt) die Pupillarsubstitution abgehandelt hat[1]), so konnte der Testator, der doch nun einmal einen Sohn hatte, unzweifelhaft als Vater bezeichnet werden. — Sodann betont Vangerow die Worte: si se *immiscuerit* impuberis hereditati, ein Ausdruck, welcher bei sui heredes technisch sei, und die Worte: incidit in edictum, welche unmöglich das edictum si quis omissa causa testamenti, sondern nur das über Immixtion der Sui bezeichnen können. Allein (erwiedern wir) hereditati se immiscere wird oft genug von einem heres voluntarius gebraucht[2]), und es ist dieser Gebrauch sprachlich sehr wohl gerechtfertigt, da auch sonst das pro herede gerere definirt wird als das »rebus hereditariis tanquam heres uti«[3]); was das »edictum« betrifft, so ist dies gewiß nicht das edictum si quis om. c. t. (das ist der große Fehler von Cujaz), aber ebensowenig das über Immixtion der Sui, sondern, wie wir S. 524 f. ausführen werden, das Edict über das pro herede gerere[4]). — .

---

1) S. auch die Inscription der l. 24. de v. et p. s. 28, 6.

2) l. 2. §. 10. ad sct. test. 38, 17. l. 67. pr. ad sct. treb. 36, 1.

3) Gai. 2, 166. §. 7. J. de her. qual. et diff. 2, 19.

4) Wir haben nicht nöthig, mit mehreren Juristen (schon die Glosse gehört dazu), ein besondres Edikt zu statuiren, welches nicht auf uns gekommen und wonach der Pupillarsubstitut den väterlichen Gläubigern verhaftet sein solle. Bartolus und Cujaz (op. 4, 87) meinten sogar, es sei mit edictum eine edicti

Nun zu den inneren Gründen. „Zwei Dinge, schreibt Huschke, sind es, welche der natürlichen Billigkeit gemäß als ein pro herede gerere oder se immiscere hereditati angesehen werden müssen, und daher die Abstention des suus von vornherein unmöglich machen oder hinterdrein wieder entkräften. Erstens, wenn er sich der ihm angefallnen Erbschaft in irgend einer Beziehung als Eigenthümer annimmt (eigentliches se immiscere); zweitens wenn er, im Testament als einziger Erbe eingesetzt oder wegen Wegfalls seiner Miterben einziger Erbe geworden, das Testament in irgend einer Beziehung zu seinen Gunsten anerkennt, obgleich er damit nichts von der väterlichen Erbschaft an sich nimmt; denn er würde sich widersprechen, wenn er hier den väterlichen Willen für sich in Anspruch nehmen, und ihn doch auch durch seine Abstention materiell entkräften wollte. Obgleich nämlich das väterliche Testament, auch wenn der Suus einziger Erbe ist, durch dessen Abstention ipso jure nicht ungiltig wird, so liegt in dieser doch der Sache nach eine wahre Oppugnation desselben, indem der Suus damit wissentlich eine materielle Destitution, die Ungiltigkeit der Legate, der Güterverkauf auf den Namen des Vaters und überhaupt die Vereitelung des ganzen väterlichen Willens verursacht. Nicht so steht es, wenn er bloß als Erbe zu einem Theil abstinirt hat. Hier hat er keineswegs das väterliche Testament ungültig gemacht, was ja überhaupt nicht pro parte geschehen kann; sondern es würde erst von seinem Miterben und zwar von ihm ausschließlich ungültig gemacht werden, wenn er darauf auch ausschlüge oder sich abstinirte. Man kann also dem Suus auch keinen Widerspruch vorwerfen, wenn er nach seiner Abstention noch etwas nach dem väterlichen Willen zu seinem Vortheil thut oder annimmt. Dasselbe würde natürlich auch für den Fall seiner Einsetzung aufs Ganze gelten, wenn er zur Zeit seiner Abstention noch einen Substituten hatte".

Wir gestehen zu, daß diese Ausführung zu den scharfsinnigsten gehört; eine andre Frage ist es ob sie einwandsfrei ist.

Zunächst läßt sich dies entgegensetzen. Nach Huschke kann dem

---

sententia gemeint, wonach „repudians paternam hereditatem pupillarem habere non potest".

pro parte instituirten Suus kein Widerspruch vorgeworfen werden, wenn er trotz seiner Abstention etwas nach dem väterlichen Testament verlangt, denn nicht er, sondern sein Miterbe macht, nach Huschke, das Testament ungültig. Wie aber, wenn der Miterbe **vor** dem Suus abstinirt? In diesem Falle ist die Huschkesche Ansicht unhaltbar. Und doch nimmt kein Jurist in den citirten Leges auf die Zeit der Abstention Rücksicht.

Schwerer aber als dies wiegt uns l. 41. Julian soll (nach Huschke-Vangerow) darin seine in l. 40. dargestellte Ansicht festhalten; daraus folgt, daß Marcell, Ulpian, Papinian den Ausspruch der l. 41. verwerfen[1]); und doch: sollten die Compilatoren so kopflos gewesen sein, daß sie die l. 41. recipirten, unmittelbar hinter l. 40. stellten, daß dieselben Personen sie recipirten, welche die l. 40. recipirt hatten[2])?

Mit voller Ueberzeugung haben wir uns der Ansicht der Glosse und Cujacius zugewandt; in l. 40. werden wir ihren bereits oben gerügten Fehler[3]) vermeiden; in l. 12. werden wir ein neues Argument zu ihrer Erhärtung aufstellen. Nach dieser von uns modificirten Ansicht ist folgendes der Inhalt von l. 40. Es hat Jemand seinen Pupillen enterbt, einen Extraneus eingesetzt und substituirt; der Extraneus ist zunächst unthätig; vielleicht hat er sich eine Deliberationsfrist erbeten; jetzt stirbt der Pupill (vielleicht innerhalb der Deliberationsfrist), und der Extraneus gerirt sich nun als Erbe des Pupillen; ist er dadurch auch den väterlichen Gläubigern verhaftet worden? Incidit in edictum, erwiedert Julian; das ist der Kernpunkt der Frage. Das Edict über Immixtion der Sui darf es nicht sein, denn wir haben es mit einem Extraneus zu thun; ebensowenig das edict. si quis omissa c. t., denn nicht das geringste Anzeichen spricht dafür, daß dieses, wie Cujaz und Mühlenbruch[4]) behaupten, auch den Gläubigern zu Gute gekommen sei;

---

1) Dies sagt auch Huschke S. 94 f., während wir über Vangerows Meinung (a. a. O. S. 344. N. 24. S. 347. Text zu N. 28) uns nicht klar geworden sind.

2) Beide Leges gehören zur Sabinusmasse.

3) Nämlich hinsichtlich der Frage, was für ein Edict in l. 40. gemeint sei.

4) Cujaz obs. 18, 8. Mühlenbruch in Glücks Comm. 40, 421. N. 10.

ja, noch mehr, hätte der Substitut die väterliche Erbschaft ausgeschlagen, so wäre das ganze Testament, also auch die Pupillarsubstitution nichtig. Was für ein Edict ist es nun? Es ist das Edict über das *pro herede gerere*.

Daß es ein solches gegeben hat, kann nicht bezweifelt werden; die l. 20. de acq. her., in welcher die Erklärung des pro herede gerere beginnt, ist aus Ulpians liber 61. ad *edictum* genommen, und aus l. 5. l. 6. de jure del. 28. 8. entnehmen wir, was Alles bei erbetner Deliberationsfrist nicht als pro herede gerere galt, und daß hierbei wiederum an das Edict angeknüpft wurde, denn auch diese Leges stammen aus den Edictscommentaren von Ulpian und Gaius. Wir wissen nicht die Worte jenes Edicts; auch will uns nach der Lage der Quellen scheinen, als habe der Prätor das pro herede gerere nicht genauer specificirt; das aber behaupten wir: jedenfalls hat er bestimmt, daß durch ein pro herede gerere die erbetne Deliberationsfrist erlischt; die ll. 5. 6. citt. scheinen uns dafür ein unwiderleglicher Beweis.

Und nun kehren wir zu l. 40. zurück: der Substitut gerirt sich als Erbe des Pupillen, — wahrscheinlich während der Deliberationsfrist, deren Erbitrung deshalb so wahrscheinlich ist, weil sonst die Gläubiger sicherlich das väterliche Vermögen zum Verkauf gebracht hätten. Dieses pro herede gerere macht ihn einerseits der Frist verlustig und andrerseits auch zum Vaterserben, denn es liegt der Fall einer juncta hereditas patris et filii vor (oben I. C. S. 513.), der Substitut kann nur beides annehmen oder ausschlagen, und da er das eine angenommen, so ist die Annahme des andren darin enthalten[1]). Daher die Worte: nam qui judicium-consequi; Julian meint, Vaters- und Sohnesnachlaß sind Theile einer und derselben Erbschaft (ex eadem hereditate), derjenige der das väterliche Testament anficht, darf nichts von Beiden erwerben; erwirbt er dennoch Eins, so muß er das Andre miterwerben.

Worin liegt nun die Differenz zwischen Julian einerseits und Marcell und Ulpian andrerseits? Darüber giebt l. 20. §. 4. de acq. her. Auskunft:

> Papinianus scribit, filium heredem institutum, qui se bonis paternis abstinuit, vulgo putare quosdam, si a statulibero

1) l. 10. de acq. her. 29. 2. l. 58. de leg. 2. (31).

pecuniam accepit, a creditoribus conveniendum sive numi peculiares fuerint sive non fuerint, quia ex defuncti voluntate accipitur, quod conditionis implendae causa datur; Julianus autem etsi non abstinuit idem existimavit; ita autem demum pro herede gessisse ait Papinianus, si solus heres sit. Ceterum si coheredem habeat et coheres adiit, non est cogendus (inquit) is qui accepit a statulibero, actiones creditorum suscipere ..., itaque tunc pro herede geri dicendum esse ait, quoties accipit, quod citra nomen et jus heredis accipere non poterat. (Ulp.).

Die Römischen Juristen stritten über manche Fälle des pro herede gerere; Einige sahen es schon darin, daß der Berufne etwas zufolge des Willens des Erblassers in Empfang nimmt; zu diesen gehörte unbedingt Julian, nicht hingegen Papinian; letztrer meinte vielmehr, daß, wenn der Berufne einen Miterben habe, er sehr wohl in dem Sinne empfangen haben könne, nicht Erbe, sondern von Todeswegen Vergabter zu sein; nur wenn er der alleinige Erbe war, müsse in dem Empfang ein pro herede gerere gesehen werden, da man bei der entgegengesetzten Annahme den Empfangenden in einen Widerspruch mit sich selbst versetzen würde. Dieser Ansicht von Papinian war auch Marcell gewesen, und sie wurde auch von Ulpian adoptirt; das beweist l. 40. Julian sah in der Immixtion in die Pupillarerbschaft stets ein pro herede gerere auch mit Bezug auf die hereditas patris, gleichviel ob der Substitut zugleich ex asse oder pro parte instituirt war; Marcell und Ulpian hingegen machen darauf aufmerksam, daß, wenn er einen Miterben hatte, noch kein pro herede gerere in Bezug auf die väterliche Erbschaft vorliege, der Substitut könne ja ausschlagen und unter der Voraussetzung, daß der Miterbe antrete, den Pupillarnachlaß allein erwerben. Der Fall liegt also ganz wie im Schlußsatz der von Julian herrührenden l. 27. §. 2. ad sct. treb. 36, 1. (oben S. 509); man behaupte jedoch nicht etwa deshalb, daß wir den Julian in Widerspruch mit sich selbst versetzen [1]); denn in l. 27. §. 2. handelt es sich nicht, wie in l. 40, um ein gerere pro herede.

1) Mühlenbruch (in Glücks Comm. 40, 431. 432) nimmt einen solchen Widerspruch zwischen l. 27. §. 2. und l. 40. an.

Ist diese Interpretation der l. 40. richtig, so ist zugleich bewiesen, daß l. 41. nicht etwa eine Sondermeinung Julians enthält; im Gegentheil: sie ist practisches Recht, und Marcell und Ulpian sind niemals in dem dort erörterten Falle von Julian abgewichen. Doch müssen hierüber noch immer so lange Bedenken bestehen, als wir nicht Papinian und dessen l. 12 cit. als mit unsrer Behauptung conform erwiesen haben.

In l. 12., behauptet man, behandle Papinian den Fall, wo der Pupill mit einem andren Suus zusammen eingesetzt ist; hier gestatte Papinian die Trennung des väterlichen und pupillaren Nachlasses; da nun Julian in l. 41. diese Trennung nur zuläßt, wenn der Pupill enterbt ist, so sei eine Controverse unter den Römischen Juristen nicht abzuleugnen. Frägt man nach den Gründen, weshalb denn in l. 12. der Pupill als mitinstituirt anzusehen sei, so wird zuerst geantwortet, es sei nicht die leiseste Hindeutung auf eine Enterbung des Pupillen zu finden: — allein (erwiedern wir) diese Hindeutung liegt ja darin, daß bloß der filius, nicht auch der impubes als Erbe des Vaters bezeichnet wird. Sodann betonen die Gegner die Worte »si fratri separationem bonorum patris concesserit«; diese seien nur dann passend, wenn der Pupill gleichfalls instituirt sei; — allein wir haben bereits ausgeführt (oben I. C. S. 513), daß, auch wenn der Pupill enterbt ist, wenn nur der Substitut der alleinige Institut ist, der Fall einer juncta hereditas patris et filii vorliegt; der Ausdruck »separatio bonorum patris« ist also auch dann gerechtfertigt, wenn der Pupill exheredirt ist. — Ferner weist man darauf hin, daß Papinian augenscheinlich eine Eigenthümlichkeit für einen suus heres hervorheben wolle, wodurch dieser besser als ein extraneus heres gestellt sei (und dies ist richtig), und nun behauptet man, daß, wenn der Pupill enterbt wäre, der Extraneus ohne Nachtheil die Erbschaft des Vaters ausschlagen, die des Pupillen antreten könnte, d. h. also daß er gerade so wie der suus heres gestellt wäre; — allein dies ist unrichtig, denn wenn der Extraneus ausschlägt, so ist das ganze väterliche Testament, also auch die Substitution nichtig[1]), wenn aber der Suus

1) Nur dann bleibt es giltig, wenn ein Vulgarsubstitut vorhanden ist und

abstinirt, so ist er eben nach l. 12. zum Erwerb des Pupillarnachlasses befugt. — Endlich meint man, es sei, wenn der Pupill exheredirt wäre, unerklärlich, wie die Substitutenlegate aufrecht erhalten werden könnten, vielmehr hätten diese mit der Abstention wegfallen müssen; — allein die Unerklärlichkeit bleibt u. E. ganz in demselben Maße, wenn der Pupill instituirt ist; denn hier wie dort ist separattis bonorum patris d. h. Abstention von dem ganzen väterlichen Nachlaß vorhanden. Offenbar meinte Papinian: die in secundis tabulis angeordneten Legate (nur zu deren Entrichtung erklärt er den Suus verpflichtet) sind dem Suus bloß deshalb auferlegt, weil er zum Substituten ernannt ist; gönnt ihm nun der Prätor den Pupillarnachlaß, so ist es billig, daß er den Substitutslegataren auch ihre Legate gönnt, und da nun einmal Legate nach der lex Falcidia nicht über drei Viertel der Erbschaft hinterlassen werden dürfen, so berechnet Papinian diese drei Viertel nach dem Betrage des Pupillarnachlasses. So wenig auch diese Argumentation einen echt juristischen Inhalt ist, so können doch die Institutenlegatare selbst nicht einmal darauf sich berufen, daher ihnen Papinian keine Legatenforderung zuspricht. Wie dem aber auch sei: so viel ist klar, daß auch die Gegner diese Meinung Papinians betreffs der Legate nicht besser zu rechtfertigen vermögen; wir haben es vielmehr in dieser Beziehung mit neutralem Gebiet zu thun[1]).

Den Gründen der Gegner vermögen wir bei aller Achtung vor ihrer Autorität kein Gewicht beizulegen. Dazu kommt, daß uns für die Exheredation des Pupillen ein treffendes Argument zu Gebote steht. Papinian sagt nämlich:

---

antritt (oben S. 515. 516); der Suus aber kann abstiniren, trotzdem er keinen Vulgarsubstituten hat.

1) Vangerow a. a. O. 37, 352 ff. meint, die Legate würden deshalb aufrecht erhalten, weil der Satz „pater de suo legat" bloß eine Consequenz davon sei, daß der Substitut Erbe des Vaters ist, im vorliegenden Falle aber der Substitut bloß Erbe des Pupillen sei. Allein wir haben oben S. 461. gezeigt, daß der Vater vielmehr deshalb nicht aus dem Pupillarnachlaß Legate anordnen könne, weil er dann mit einem fremden Vermögen liberal sein wollte. — Huschke a. a. O. 7, 97. hingegen meint, die Aufrechthaltung der Legate rühre daher, daß alle Bestimmungen zu Gunsten Dritter bei der Abstention giltig bleiben, soweit sie dem Abstinenten nicht schaden; und er rechnet hierher auch die Substitutenlegate; allein erleidet hierdurch der Abstinent etwa keinen Schaden?

remotis tabulis secundis legitimam haberet fratris hereditatem;

denken wir uns nun den Pupillen mitinstituirt, so würde der Suus, vorausgesetzt, daß die Pupillarsubstitution nicht existirte, sondern die Intestaterbfolge einträte, nicht bloß den Pupillarnachlaß, sondern gerade auch den väterlichen erhalten; denn durch die Abstention des Suus wäre der Pupill heres ex asse des Vaters geworden. Zwar könnte man einwenden, daß der Suus sich auch gegen die Immixtion des Pupillen restituiren lassen oder (nach Ansicht einiger Juristen) schlechtweg und trotz der Immixtion ex persona pupilli abstiniren könnte; allein Papinian sieht hiervon ab: wenn keine tabulae secundae existiren, soll der Suus, ohne der Restitution oder Abstention zu bedürfen, bloß den Pupillarnachlaß erhalten; dies ist nur dann denkbar, wenn der Pupill exheredirt ist. Das Resultat ist also, daß Papinian denselben Fall wie Julian in l. 41. behandelt, und daß er diesen ebenso wie Julian entscheidet. Eine Controverse unter den Römischen Juristen bestand demnach nicht.

Es folgt freilich arg. e contr., daß, wenn der Pupill ganz oder zum Theil eingesetzt ist, der substituirte Suus kein Recht der Trennung hat, und nun entsteht die Frage wie dies zu rechtfertigen sei. Anscheinend giebt es hierfür keine Rechtfertigung; Papinian sagt selbst: justius enim praetorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris concesserit; etenim jus dicenti *propositum* est, liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare, non invitos ab hereditate removere; und dies ist wahr, mag der Pupill enterbt oder miteingesetzt sein. Allein es ist doch dies immer bloß ein »propositum« des Prätor, d. h. noch kein practisches Recht; zum practischen Recht wird es erst, wenn andre Motive mitwirken, wie ja Papinian selbst in den Worten »praesertim quod remotis tabulis secundis legitimam haberet fratris hereditatem« ein neues Motiv hinzunimmt. An solchen neuen Motiven fehlt es nun aber gänzlich, wenn der Pupill instituirt ist.

Offenbar ist die Stellung des substituirten Suus die, daß er einerseits wie ein Extraneus behandelt, und daß andrerseits an der ipso jure-Giltigkeit des Testaments trotz der Abstention festgehalten

wird. Ist Titius ex asse instituirt und pupillariter substituirt, zugleich aber in der Person des Sempronius ihm ein Vulgarsubstitut gegeben, so kann Titius ex institutione ausschlagen, und, wofern Sempronius nunmehr antritt, dennoch als Pupillarsubstitut erwerben[1]). Ebenso kann Titius, welcher ex parte instituirt und ex asse substituirt ist, und welcher in der Person des Sempronius einen Miterben ex cetera parte erhalten, ex institutione ausschlagen und, wenn nur Sempronius ex institutione antritt, noch als Pupillarsubstitut erwerben[2]). Die Antretung des Sempronius ist in beiden Fällen nothwendig, weil sonst das Testament seine Giltigkeit durchaus verliert, und in beiden Fällen wird der väterliche Nachlaß vom pupillaren getrennt, jenen erhält Sempronius, diesen Titius. Denken wir uns nun Titius als Suus, so wird zu seinen Gunsten angenommen, daß das väterliche Testament giltig bleibt, selbst wenn er (ex asse institutus) abstinirt, oder wenn sowohl er als sein Miterbe Sempronius (er selbst ex sua persona, Sempronius aber nach l. 55. de acq. her. 29, 2. ex persona Titii) abstinirt, und es wird ihm (dem Titius) in beiden Fällen das Recht der Separation gegeben, wie wenn er ein Extraneus wäre und zugleich einen Substituten oder Miterben hätte. Nehmen wir dagegen den Pupillen ex asse oder neben dem Extraneus Sempronius ex parte instituirt, und diesen Sempronius substituirt, so kann Sempronius niemals eine Separation des väterlichen und pupillaren Nachlasses vornehmen[3]). Ebensowenig ist dies zulässig, wenn wir den Sempronius uns als Suus denken. So ist die Interpretation, die wir von ll. 40. 41. 12. citt. gegeben, innerlich recht begründet; sie beruht auf dem Satze, daß der Suus die Rechte des Extraneus haben soll, daß er aber ferner eine Begünstigung vor dem Extraneus genießt, indem trotz der Abstention das Testament giltig bleibt.

Es versteht sich, daß Huschke und Vangerow, welche dem Suus nur wenn er ex parte instituirt ist, das Recht der Separation

1) l. 10. §. 4. de v. et p. s. 28, 6; oben II. A. 1. (S. 516).

2) l. 27. §. 2. ad sct. treb. 36, 1. (oben II. A. 2. S. 516).

3) l. 10. §§. 2. 3. de v. et p. s. 28, 6. l. 59. de acq. her. 29, 2. (oben I. A. B. S. 506. 507 ff.).

ertheilen, gleichfalls eine innere Begründung ihrer Ansicht gegeben haben. Doch weichen sie unter einander ab. Huschke nimmt darauf Bezug [1]), daß nach dem alten in l. 7. §. 1. de acq. her. 29, 2. l. 19. C. de jur. del. 6, 30. überlieferten Recht ein Suus (d. h. der Substitut), welcher einen Suus (d. h. den Pupillen) beerbt, die seinem Erblasser zustehende Abstention ebenfalls noch geltend machen darf. Es liegt hierin zu allernächst eine Verkennung der Stellung des Pupillarsubstituten, die bei Huschke, welchen ich oben S. 456. als meinen Vorgänger bezeichnete, auffällt; der Substitut nämlich ist, auch nach dem Tode des Pupillen, sofern es sich um den Nachlaß des Vaters handelt, directer Erbe des Vaters, also der Pupill in dieser Beziehung nicht sein Erblasser; danach darf Huschke nicht behaupten, daß, wenn der Suus abstinirt, er von einem seinem Erblasser zustehenden Beneficium Gebrauch macht. Sehen wir indeß hiervon ab, es ist noch eine andre Einwendung gegen Huschke's Deduction zu machen. Nur dann nämlich könnte der substituirte Suus aus der Person des Pupillen abstiniren, wenn letztrer selbst abstentionsberechtigt gewesen ist, d. h. nur wenn letztrer sich nicht bereits immiscirt hat [2]); deshalb referirt Justinian in l. 19. C. de jure del. 6, 30, daß nach altem Recht nur »filiosfamilias paternam hereditatem *deliberantes* posse et in suam posteritatem hanc transmittere, und deshalb verlangt Paulus in l. 7. §. 1. de acq. her. 29, 2, daß der Suus, welcher das Recht der Abstention transmittire, nicht den Anfall der Erbschaft gekannt haben dürfe, — nicht als ob, wenn er ihn gekannt, die Abstention nicht transmittirt werde, sondern weil in diesem Falle es ganz klar war, daß der Suus sich in keiner Weise in die Erbschaft immiscirt hatte. Hatte sich also der Pupill immiscirt, so kann sein substituirter Bruder sich nicht aus der Person jenes abstiniren; Huschke hätte

1) a. a. O. 7, 84.

2) So auch Marezoll in Zschr. f. C. u. Pr. 2, 83 ff. Wangerow Arch. f. civ. Pr. 24, 158 ff. Mühlenbruch in Glücks Comm. 42, 345 ff. A. M. Steppes die Transmission S. 46 ff. Buchholtz Jur. Abh. 66 ff. S. auch l. 12. de acq. her. 29, 2. Auf den Streit, ob das Abstentionsrecht bloß auf einen suus heres (so Huschke a. a. O. 7, 84) oder auch auf den extraneus heres übergehe, brauchen wir uns nicht einzulassen, da ja der substituirte Bruder immer suus heres ist (l. 2. §. 4. l. 10. §. 1. de v. et p. s. 28, 6).

hier vielmehr behaupten müssen, daß der Suus gegen die Immixtion die Restitutio in integrum nachsuchen müsse; aber diese würde dem Suus dennoch nichts nützen: denn in seiner Eigenschaft als Substitut wird ihm ja der väterliche Nachlaß nochmals deferirt, und davon kann er sich, da eine juncta hereditas patris et filii vorliegt, nicht frei machen. Eben dasselbe aber ist Huschke entgegenzuhalten, auch wenn der Pupill sich nicht immiscirt und der Suus sich aus der Person jenes abstiniren wollte; auch hier wird dem Suus der väterliche Nachlaß nochmals in seiner Eigenschaft als Substitut deferirt.

Vangerow hingegen (Arch. f. civ. Pr. 37, 351.) beruft sich auf l. 55. de acq. her. 29, 2. Wenn der Suus abstinirt, so accrescirt sein Theil dem Pupillen, aber dieser hat nunmehr ein Wahlrecht, ob er von der Accrescenz Gebrauch machen oder nicht vielmehr sich von der ganzen Erbschaft abstiniren will; dieses Wahlrecht geht nach dem Tode des Pupillen auf den substituirten Suus über, doch braucht er erst nicht besonders zu erklären, daß er die Abstention vorziehe, denn er hat sich bereits thatsächlich dafür entschieden; durch seine Abstention hat er erklärt, daß er den einen Theil der väterlichen Erbschaft nicht haben will, und da er den andren ohne diesen einen nicht erlangen kann, so muß auch der Theil der väterlichen Erbschaft, welcher in der Pupillarerbschaft enthalten ist, hiervon separirt werden. Wir müssen gegen Vangerow ähnliche Argumente wie gegen Huschke gebrauchen. Das Abstentionsrecht des Pupillen aus l. 55 cit. geht nur dann auf den Suus über, wenn jener noch während sein Vormund darüber deliberirte verstarb, nicht aber wenn der Vormund sich bereits für die Accrescenz entschieden hatte. Auch Vangerow hätte also nur durch Restitution helfen können, die aber aus dem oben gegen Huschke angegebnen Grunde vergeblich sein würde, und ebenso würde es dem Suus nichts nützen, daß der Vormund des Pupillen sich bereits während dessen Lebzeiten für die Abstention erklärt hätte.

Das Resultat der Untersuchung ad II. B. 3. b. ist, daß nur, wenn der Pupill exheredirt, nicht aber wenn er ganz oder zum Theil instituirt ist, der substituirte Suus die Erbschaft des Vaters und Bruders trennen darf.

Ziehen wir nunmehr das Resultat unsrer Erörterung im §. 44. Es lautet dahin: der Nachlaß des Vaters und des Pupillen ist je nach dem Willen des Testator bald trennbar bald untrennbar; nur wenn ein Suus ex asse instituirt und substituirt ist, findet gegen den Willen des Testator Trennung Statt. Wo keine Trennung statt hat, ist der Substitut Erbe des Vaters und des Pupillen, wo Trennung, bloß des Pupillen. Diesen letzten Satz müssen wir namentlich gegenüber den bisherigen Anschauungen über Pupillarsubstitution betonen. Von der einen Anschauung, wonach die Stellung des Substituten von den früheren Römischen Juristen angeblich anders als von den spätern aufgefaßt wurde, ist bereits im §. 42. die Rede gewesen. Hier müssen wir noch auf Huschke's Ansicht eingehen, der wiederholentlich behauptet, daß der Substitut Erbe des Vaters in der Erbschaft des Pupillen sei [1]); an zwei Stellen hat Huschke diese Worte näher erklärt, in Bd. 6, 421. schreibt er: „Der Substitut ist der definitive Erbe, der Pupill gleichsam nur die erweiterte vorübergehende Person des Vaters", und in Bd. 7, 101: „im Doppeltestament überträgt sich nur Eine vermögensfähige Person, der Vater unmittelbar und wie er noch mit der Person des Pupillen eins war, durch Institution und Substitution auf den Erben". Diese Auffassung leidet an dem Fehler, daß sie die duae hereditates übersieht; Huschke läßt den Pupillen im Vater aufgehen, und kennt daher auch nur Einen Erblasser: den Vater; der Pupill ist ihm nur ein im Schoß der väterlichen Persönlichkeit enthaltnes, an dieser Theil habendes Wesen, nicht aber eine selbständige Persönlichkeit. Das ist keinesfalls die Anschauung der Römischen Juristen. Sie statuiren unausgesetzt duae hereditates, die hereditas patris und die her. filii; sie erklären diese bald für untrennbar, bald für trennbar —, letztres (die Trennbarkeit) wäre undenkbar, wenn die Pupillarsubstitution im Sinne Huschke's aufzufassen wäre, da sich eine Persönlichkeit nur in der Weise auf zwei oder mehrere Personen übertragen kann, daß diese zunächst als Einheit gelten und sich deshalb beschränken (so bei Miterben), nicht aber in der Weise, daß die mehreren Personen ganz unabhängig von einander sind. Ja,

1) Zschr. f. C. u. Pr. N. F. 6, 421. 7, 70. 101. 208. 219. 220.

die Römischen Juristen fassen die Persönlichkeit des Pupillen so wenig als eine bloß vorübergehende, den Pupillen so wenig als einen blos pro tempore-Erben auf, daß die Spätren unter ihnen vielmehr alle Rechtsverhältnisse, welche bereits unter dem Pupillen durch Umstände, die mit der Person des Pupillen zusammenhingen, eine Aenderung erlitten hatten, auf den Substituten mit verändertem Inhalt übergehen lassen, trotzdem hier Gelegenheit gegeben war, jene Rechtsverhältnisse (wie dies auch die ältren Römischen Juristen thaten) neu zu construiren (§. 43). — Nur das läßt sich behaupten, daß bei jeder Pupillarsubstitution in Einem Testamente über zwei Erbschaften verfügt wird.

Dieses unum testamentum duarum hereditatum haben wir bisher absichtlich unerwähnt gelassen — aus dem Grunde, weil es uns von sehr geringen Folgen zu sein scheint.

Wie gering es die Römer achteten, ergiebt sich schon daraus, daß mit unum testamentum der Ausdruck duplex testamentum[1]) abwechselt und abwechseln muß, weil ja der Vater nicht für sich und den Pupillen zugleich testiren muß, sondern zu verschiednen Zeiten testiren darf, sowie ferner daraus, daß die Juristen das unum testamentum als »quodammodo duo testamenta« erklären[2]). Mehr hervorzuheben ist, daß sie die Unität des Testaments höchst selten als Motiv ihrer Entscheidungen aufstellen, ja daß sie sogar auch gegen eine Deduction, die jene Unität nutzbar machen wollte, ankämpfen. Betrachten wir die hierher gehörigen Stellen.

In folgenden zwei Stellen wird das unum test. als Entscheidungsgrund angegeben: in l. 2. §. 4. de v. et p. s. 28, 6. begründet Ulpian damit die Qualität des Substituten als necessarius heres des Pupillen (s. oben S. 518); in l. 20 eod. stützen Marcell und Ulpian darauf den Satz, daß einmalige Siegelung genügt. Hierzu kann man noch rechnen l. 16 eod., wo Pomponius ein solches Testament mit einem einzigen Testament vergleicht, indem er ausführt, daß, wenn ein Sclave vom Pupillen legirt, vom Substitut mit der Freiheit bedacht worden ist, das erste Legat adimirt

1) l. 79. ad l. falc. 35, 2. l. 1. §. 1. si cui plus 35, 3.
2) Gai. 2, 180. §. 2. J. de pup. s. 2, 16.

ist „wie es gehalten wird, wenn beides in demselben Testament geschieht". Und ferner kann man hierher rechnen l. 28. de reb. auct. j. 42, 5, wo wenigstens der Anfragende das unum testamentum in seine Deduction aufnimmt, während der respondirende Jurist, Javolen, davon Umgang nimmt.

In einer Stelle dagegen wird das unum testamentum als Entscheidungsgrund abgelehnt: in l. 2. §. 2. de act. vel. her. vend. 18, 4. (oben S. 505), worin Ulpian ausführt, daß bei einem Erbschaftsverkauf der Pupillarnachlaß dem Erbschaftskäufer in der Regel nicht prästirt zu werden braucht: licet enim unum testamentum sit, alia tamen atque alia hereditas est.

In einer Stelle endlich wird das Testament nicht als einheitliches erklärt, aber trotzdem ein der Unitätstheorie angehöriger Grundsatz gelehrt: in l. 1. §. 1. si cui plus 35, 3, worin Ulpian mit Bezug auf die stipulatio quanto amplius ausführt, daß sie bestellt werden müsse, mag die Ueberschwerung mit Legaten den Instituten oder Substituten treffen: neque interest utrum in primis tabulis hoc fiat an in pūpillaribus an in utrisque; etenim *legem falcidiam semel esse admittendam, etiamsi duplex sit testamentum, jam convenit . . .*

Uebersieht man diese Stellen, so wird man namentlich Ulpian von einer gewissen Unklarheit nicht freisprechen: er operirt bald mit bald gegen die Erheblichkeit des unum testamentum, und er begeht unbedingt darin einen Fehler, daß er die Testamentsunität in l. 2. §. 4. de v. et p. s. 28, 6. als Grund für die Necessariusqualität des Substituten anführt.

Die Sache scheint uns sehr einfach: es ist (vorausgesetzt daß überhaupt der Vater für sich und den Pupillen zugleich, und nicht etwa zu verschiedenen Zeiten testirt) der Form nach Ein Testament, dem Inhalte nach eine Verfügung über zwei Erbschaften[1]); wo also der Form nach etwas in Frage kommt, kann man sich auf unum testamentum berufen, so namentlich bei der Frage ob einmalige Siegelung, einmalige Zeugenzuziehung genügt (l. 20. de v. et p. s. 28, 6.); wo aber die Frage den Inhalt des erbrechtlichen

1) So auch Vinnius und Janus a Costa in ihren Institutionencommentaren zu §. 2. J. de v. et p. s. 2, 16.

Willens betrifft, ist das Argument des unum testamentum durchaus nicht brauchbar; deshalb nahm (wie bereits angeführt) Javolen in l. 28. de reb. auct. jud. 42, 5. davon Umgang; deshalb verglich zwar Pompon in l. 16. de v. et p. s. die Bestimmungen des väterlichen und pupillaren Testaments mit denen eines und desselben Testaments, aber er argumentirte nicht mit dem unum testamentum; deshalb polemisirt Ulpian in l. 2. §. 2. de her. vend. 18, 4. dagegen, man solle nicht etwa, weil unum testamentum, auch bloß Eine einzige Erbschaft annehmen, und umgekehrt in l. 1. §. 1. si cui plus 35, 3. dagegen, man solle nicht, weil zwei Testamente, auch zwei Quarten dem Erben zusprechen. Mit welchem Recht derselbe Ulpian in l. 2. §. 4. de v. et p. s. 28, 6. die Necessariusqualität des Substituten auf das unum testamentum stützt, vermögen wir nicht zu begreifen; er hätte vielmehr sich auf die juncta hereditas stützen müssen.

So viel aber wird wohl klar geworden sein, daß wir es weder mit einem Streit der Römischen Juristenschulen noch mit einem Streit der Römischen Juristen zu thun haben. Eines oder das Andre wurde in früherer Zeit sehr gewöhnlich angenommen[1]), und selbst in neuester Zeit hat Huschke[2]) auf Grund jener Aeußerung des Anfragenden in l. 28. de reb. auct. jud. 42, 5. behauptet, daß die Sabinianer im Gegensatz zu den Proculianern die Lehre von dem unum testamentum aufgestellt hätten. — —

1) Cujaz zu §. 2. J. de p. s. 2, 16. Hotmann zu §. 3. J. de p. s. 2, 16. Merillius obs. lib. 3. c. 12. und quinquag. decis. Just. zu l. antepen. C. de nec. serv. her. inst. Mascov de sect. Sab. et Proc. p. 214 sq. Castringius (pr. Madihn) in der oben S. 455. N. 1. citirten Schrift p. 83.

2) Zschr. f. C. u. Pr. 6, 374.

BINDING SECT. DEC 14 1972

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

K
B2654G3
1864a

Baron, Julius
Die Gesammtrechtsverhältnisse im Römischen Recht

UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 12 01 12 12 001 0